

THÈSE DE
PARIS.
1887.
N^o. 104.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM

EN DROIT ROMAIN

DE L'INFLUENCE DE LA FAILLITE

SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

DANIEL POIGNARD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS.

Lauréat de la Faculté de droit.

Concours de 1882 : 3^{me} mention d'histoire du droit;

Concours de 1883 : 3^{me} mention de droit civil;

Concours de 1884 : 3^{me} mention de droit commercial.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM

EN DROIT ROMAIN

DE L'INFLUENCE DE LA FAILLITE

SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 21 juillet 1887, à 3 heures

PAR

DANIEL POIGNARD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS.

Lauréat de la Faculté de droit.

urs de 1882 : 3^{me} mention d'histoire du droit ;

cours de 1883 : 3^{me} mention de droit civil ;

de 1884 : 3^{me} mention de droit commercial.

sident : M. RATAUD, Professeur

IM. BOISTEL

MICHEL (HENRY)

JOBBÉ-DUVAL

} PROFESSEURS

} AGRÉGÉ

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1887

K 1892

A MA MERE

DROIT ROMAIN

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM

INTRODUCTION

Le droit n'est pas établi et précisé pour exister à l'état d'abstraction et de lettre morte ; il est fait pour être appliqué. A quoi serviraient les définitions théoriques si elles devaient rester sur le papier sans s'imposer dans la vie sociale : c'est par sa sanction que vaut le droit, et la procédure a justement pour objet la mise en œuvre de cette sanction. Sans elle, les principes les plus exacts demeureraient sans force. On saisit, par là, son importance ; cette importance se manifeste surtout chez les Romains qui, particulièrement soucieux du côté pratique, n'examinaient les droits qu'à travers l'action dont ils étaient la base. Cette action était l'objet de leurs études ; sur elle se portaient

es améliorations; c'est elle que les magistrats romains prirent en main, s'attachèrent à perfectionner et, par son intermédiaire, ils atteignirent indirectement le droit lui-même.

Dans cette lutte de chaque jour vers le progrès que les juriconsultes entreprirent, on sait quelle fut leur tendance. Ils ne procédaient pas par innovations brusques en créant tout d'une pièce, à un moment donné, un système nouveau qui supprimât radicalement l'ancien. On s'appliquait, au contraire, à employer les moyens connus, légèrement modifiés, en étendant leur domaine, en les détournant de leur rôle primitif et normal pour leur donner une fonction nouvelle, quoique un peu singulière. L'esprit conservateur des Romains y trouvait son compte, et l'on s'engagea fort avant dans cette voie, si bien, qu'on peut dire avec Ihering (1) : « On a poussé l'usage des moyens existants jusqu'aux limites extrêmes ».

La création de la procédure *per sponsionem* est une application de cette idée; la *sponsio* avait une importance considérable dans les relations juridiques des Romains, dans leurs rapports extrajudiciaires, dans les contrats; car c'était la forme primitive de la stipulation, promesse verbale et solennelle caractérisée par l'emploi des mots *spondes ne spondeo*. D'autre part, la procédure primitive des actions se présentait avec des

(1) *Esprit du dr. rom.*, t. IV, p. 235.

inconvenients qui devinrent intolérables; on étendit alors à la procédure, pour l'améliorer, la *sponsio* qui, jusque là, vivait en dehors d'elle, ou plutôt qui n'y avait qu'un rôle accessoire. Elle servit à engager l'instance, elle fut le préliminaire du procès, le pivot sur lequel il roula.

Mais, comme je le dirai, en passant dans la procédure, elle perdit ce qu'elle avait d'excessif dans les formes; les mots *spondes ne spondeo* ne furent plus obligatoires et purent être remplacés par des équivalents.

C'était nécessaire pour arriver au but qu'on avait cherché. D'ailleurs, on alla encore plus loin. Les notions juridiques devenant plus parfaites, on vit que la procédure *per sponsionem* ne suffisait pas aux besoins nouveaux, et, sans la supprimer d'un trait de plume, on n'étendit plus son cercle d'application, on le restreignit au contraire, et elle finit par tomber en désuétude.

Nous aurons à constater cette marche de l'esprit juridique des Romains. Pour cela, nous montrerons d'abord comment ils ont eu l'idée de faire de la *sponsio* la base de la procédure, en montrant son rôle extrajudiciaire; après quoi nous indiquerons ses avantages généraux.

Ceci dit, nous insisterons sur la nature de cette *sponsio* introductive d'instance, sur les formes sous lesquelles elle se présente. Nous parlerons ensuite des différents cas où elle est appliquée de préférence. Enfin,

pour terminer, nous énumérerons les inconvénients qu'elle amène avec elle et qui expliquent sa disparition.

Nous n'avons pas, dans cette étude, l'espérance de donner sur chaque point une solution certaine. Les textes manquent le plus souvent et nous serons bien des fois réduits aux conjectures : il nous sera surtout impossible de fixer les dates précises où se sont produites la naissance et la chute de la procédure *per sponsionem*. Nous essaierons en revanche de suivre le développement logique du droit, de dégager la place de la procédure *per sponsionem* dans la marche ascendante des Romains vers le progrès. A ce point de vue, son usage caractérise un état de transition intéressant à noter.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES, DÉFINITION ET AVANTAGES DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM

Nous n'insisterons pas, en commençant, sur l'origine étymologique des mots *spondere*, *sponsio*. Suivant les auteurs les plus considérables (1), *spondere* vient de σπένδειν, qui veut dire en grec *fundere*, faire des libations; la *sponsio* aurait donc eu primitivement un caractère sacré, indéniable (2). Quoi qu'il en soit, cette marque religieuse disparut de très bonne heure et en droit romain le mot *sponsio* exprime la réponse à une interrogation solennelle, faite dans des termes identiques à ceux de la question, laquelle est à proprement parler, désignée sous le nom de *stipulatio*. D'ailleurs, cette expression de *stipulatio* indique souvent l'ensemble de l'opération, englobe à la fois le côté actif et le

(1) V. *Le droit public romain*, de Th. Mommsen, trad. par M. Girard, p. 284, t. I.

(2) On lit dans Festus : *Sponsum et sponsam ex græca dictam ait quod ii σπονδας interpositis rebus divinis faciunt.*

côté passif (1). De même le mot *sponsio* s'applique également à tout le contrat (Gaius, IV, § 93). C'est en ce sens que nous l'employons quand nous parlons de la procédure *per sponsionem*.

Comment les Romains ont-ils été conduits à cette procédure? Nous avons dit que l'idée leur avait été suggérée par le rôle important qu'avait la *sponsio* dans leur vie journalière. Il s'agit de donner un aperçu de son emploi.

Elle était usitée même en dehors dudroit dès qu'une personne croyait avoir intérêt à faire décider par un juge une question quelconque, et ainsi elle servait à établir des faits et des rapports même simplement moraux (2).

Les exemples sont nombreux dans les textes. Ainsi nous lisons dans Valère-Maxime que deux généraux, Valérius et Lutatius, ayant vaincu les Carthaginois sur les côtes de Sicile, se disputaient les honneurs du triomphe. Que firent-ils? « Valerius sponsiona Luta-
« tium provocavit suo ductu Punica classisisset oppres-
« sa », et il ajoute : « Nec dubitavit stipulari Luta-
« tius (3). »

(1) Observons toutefois que les mots *stipulator*, *reus stipulandi* ne s'appliquèrent jamais qu'à la personne qui interrogeait, au créancier, de même que *sponsor promissor* ne désignèrent jamais que le rôle et la personne du promettant, du débiteur.

(2) Keller, *Des act.*, trad. Capmas, p. 107.

(3) Val.-Max., liv. II, ch. viii, 2.

Le même auteur nous parle ailleurs d'un vétérân nommé Cornélius, accusé d'avoir entretenu un commerce honteux avec un jeune homme. Pour s'excuser, il se déclara prêt, nous est-il dit, « sponsionem facere
« quod adolescens ille palam atque aperte corpore
« quæstum factitasset (1) ».

Inutile de multiplier les exemples (2), finissons par celui qui paraît le plus caractéristique, cité par Aulugelle. Il suppose une *sponsio* intervenant sur la question de savoir *ni melior esset Gellius quam Turius*. C'est un cas semblable que Valère-Maxime prévoit de son côté. Il nous dit qu'un certain Lutatius Pythia, riche chevalier, pria un juge de trancher une contestation où il soutenait contre son adversaire qu'il était homme de bien. Et le juge déclina la compétence; il ne voulut pas par sa sentence flétrir un homme de bien, ni affirmer non plus la probité parfaite d'une personne : c'est chose trop délicate.

En effet, pour ces *sponsiones* étrangères au droit, elles devaient être agréées par le juge qui n'y était pas tenu. Bien plus, l'offre de la *sponsio* pouvait n'être pas acceptée par celle des parties qui la recevait, mais rarement le juge la refusait; et il y avait pour la personne à qui la proposition en était faite une sorte de

(1) Val.-Max., liv. VI, ch. 1, 40.

(2) Tite-Live, III, 56 et 57; XXXIX, 43; Cic., *Verr.*, II, 4, 115 et 117; III, 3, 132.

contrainte morale empêchant de la repousser (1). Elles devenaient ainsi la cause d'un débat, mais elles différaient de celles qui sont l'objet de notre étude parce qu'elles sont étrangères au droit.

La *sponsio* intervenait aussi dans le droit public, dans les relations internationales, dans les traités. Il pourrait être intéressant d'y préciser son rôle dans les détails, mais ce serait nous écarter de notre sujet; nous devons nous en tenir à quelques principes. Elle n'était pas employée en cas d'armistice, pas plus qu'au cas où Rome était entièrement victorieuse (2) : il y avait dans cette dernière hypothèse reddition complète de vaincus. Rarement (3), d'ailleurs, elle usa jusqu'au bout de ses droits (4).

La *sponsio* apparaissait lorsque, à la suite d'une guerre qui n'avait pas amené l'écrasement de l'ennemi, on songeait à conclure un véritable traité d'alliance.

Par analogie avec ce qui se passait dans ces contrats, l'*imperator romanus* s'adressait au chef étranger ou était interrogé par lui et les mots employés étaient les suivants : *Pacem futuram spondes*. Gaius, qui pose cette règle, en profite pour nous dire qu'il y avait là une exception aux règles ordinaires interdisant à des péré-

(1) Ihering, *Esprit du dr. rom.*, t. II, p. 85.

(2) Mispoulet, *Instit. polit. des Rom.*, t. II, p. 29.

(3) Il en fut ainsi pourtant après la prise de Capoue (Tite-Live, XXVI, 16).

(4) Ces droits sont indiqués par Tite-Live (I, 38).

grins l'emploi des formes *spondes ne spondeo*. Mais il ne s'agissait pas là d'un contrat générateur de droit civil et le traité n'avait pas la même force exécutoire que la convention privée : « si quid adversus pactionem « fiat non s^x stipulatu agitur sed jure belli re vindicatur. »

Cette *sponsio* n'était pas conclue nécessairement par le général en chef : il n'y avait pas relativement à elle une fonction attachée au commandement militaire supérieur ; le principe ordinaire donnant aux magistrats le droit de représenter l'Etat à l'extérieur s'appliquait ici sauf exception (1). A côté de l'auteur du traité se trouvaient pour l'assister des *cosponsores*, qui par leur présence donnaient au traité une autorité plus grande en fortifiant la preuve de son existence. Tite-Live nous parle de leur intervention dans la paix de Caudium et de Numance ; ils étaient le plus souvent au nombre de vingt.

Cette *sponsio* ne liait pas d'une façon définitive le peuple romain : comme il ne participait pas au traité, il pouvait le repousser s'il le trouvait offensant pour sa dignité ; dans ce cas, comme il désavouait les fauteurs de la convention, il lui arriva de pousser jusqu'au bout

(1) Pour certains traités très importants, il fallait un magistrat ayant l'*imperium* le plus élevé. Ainsi, on trouve dans Tite-Live les plaintes d'un dictateur attaquant un traité qui, *postquam ipse dictator creatus esset ab inferioris magistratu facta esset*.

les conséquences et de livrer à l'ennemi les négociateurs responsables. Ce n'était pas d'ailleurs la forme nécessaire de l'annulation du traité ; c'était une mesure d'opportunité politique. Rarement l'histoire nous en offre l'exemple (1).

Ainsi la *sponsio* n'offrait pas une entière garantie. Pour ce motif, à côté d'elle se plaçait un autre moyen de conclure les traités, plus solennel et plus sûr, caractérisé par l'accomplissement de cérémonies religieuses et aussi presque toujours par la présence de magistrats particuliers appelés « féciaux » (2), lesquels, à raison de leur compétence exclusive, se trouvaient au courant de toutes les formalités à suivre, d'où il résultait qu'on était moins exposé à voir tomber le traité (*fœdus*) pour vice de forme ; de plus les féciaux venaient

(1) C'est en 434, lors de la paix des fourches caudines que le fait se passa, paraît-il, pour la première fois ; depuis, ce fut répété exceptionnellement en 613 et 617, à propos des traités conclus avec les Numantins, et en 643 et 644, pour les traités conclus par Calpurnius et le *legatus* Postumus avec Jugurtha. — On saisit l'analogie avec la *noxæ datio* du droit privé, grâce à laquelle le maître pouvait ne pas assumer la responsabilité des délits commis par ses esclaves.

(2) Tite-Live (IX, 5) semble dire que la présence des féciaux n'était pas nécessaire pour qu'il y eût *fœdus*. Il a lieu, nous dit-il, lorsque *precatione res transigitur*. Voilà pourquoi les annalistes regardent comme un *fœdus* le traité de Numance où il n'y eut pas de féciaux (Cic., *De inv.*, 2, 30, 91. Tite-Live, IX, 5).

de Rome envoyés par le peuple, qui se déclarait ainsi favorable au traité et ne pouvait plus le répudier sous prétexte qu'il ne l'avait pas connu (Mommsen, *Dr. publ. rom.*, trad. Girard, I, 283).

Mais quelque forme qu'on employât, si l'une des parties ne remplissait pas ses engagements, il n'y avait pas de moyen juridique de la contraindre à l'exécution; la *sponsio* n'avait pas ici le même caractère d'immutabilité que dans le droit privé.

Si nous passons maintenant aux rapports entre les particuliers, quelquefois la même chose se produisait. Ainsi les fiançailles se concluaient originairement par une *sponsio* (1). Furent-elles obligatoires? Il faut répondre non, résolument. Varron affirme le contraire, mais c'est une erreur; elle ne s'explique que parce qu'il était étranger aux principes de droit : car l'on ne peut concevoir que tandis que le mariage se présente toujours comme libre et dissoluble, on ait donné aux fiançailles une force plus grande. C'eût été d'ailleurs inutile : les fiancés, après s'être mariés, auraient rompu leur union.

Ce qui est vrai, c'est qu'au temps de Varron la *sponsio* qui ne s'appliquait plus à notre cas, était toujours obligatoire. Tel est, en effet, son caractère original dans le droit privé; il faut indiquer, en un mot, le rôle qu'elle y joua. Elle eut une importance considérable ;

(1) Ihering, *Esp. du dr. rom.*, II, p. 220.

elle fut le mode général (1) de contracter des obligations, la forme par laquelle se réalisait la stipulation, — à l'origine du moins — car je l'ai dit, dans les contrats, le mot *sponsio* n'est employé que lorsque se rencontrent les expressions : *spondes ne spondeo*. Or, ces termes étaient nécessaires au début, et quel que fût le but cherché dans le contrat, c'était toujours par une *sponsio* qu'on procédait. On se bornait seulement, suivant les cas, à modifier légèrement la phrase qui accompagnait le verbe consacré, et par là on distinguait l'effet spécial que les parties avaient voulu produire ; mais le mode général était toujours le même : qu'il s'agit de la création d'une obligation, de novation, de corréalité, de cautionnement. Ainsi un créancier voulait-il se ménager deux débiteurs tenus également du paiement de la dette, il devait interroger simultanément ou successivement ces deux personnes, leur demandant si elles consentaient à s'engager ; mais les réponses ne devaient intervenir que quand toutes les questions avaient été posées : l'unité de formule exprimait l'unité d'obligation, la corréalité (2). Voulait-on, au contraire, opérer une novation ou un cautionnement, il y avait une formule particulière. Le créancier disait à celui qui allait devenir son débiteur en remplacement de l'ancien : *Quod Primus mihi debet, id dare spondes ne* ; s'il

(1) Gide, *Novat.*, p. 9.

(2) Gide, *Novat.*, p. 20.

s'agissait de cautionnement, de l'obligation d'un tiers à côté et accessoirement à un débiteur principal, le créancier s'exprimait autrement : *Quod Primus mihi debet idem mihi dare spondes ne?*

Donc, le choix des mots révèle le dessein des contractants ; qu'ils se gardent de faire erreur, car la forme est souveraine et s'ils se sont trompés, ils ne pourraient venir prouver leur intention en faisant abstraction de la forme (1). Tel fut l'état primitif : il faut nous y tenir sans parler des changements qui furent introduits avec le temps ; ils n'ont pas d'intérêt à notre point de vue. Ces quelques mots suffisent à faire entrevoir la fonction de la *sponsio*, son usage universel dans les contrats : elle sert à réaliser entre les parties le lien de droit qu'elles veulent.

Cela étant, on comprend que les Romains avec l'esprit juridique que nous leur avons prêté, tendant à user du plus petit nombre de moyens possible, aient songé à transporter la *sponsio* dans la procédure. C'était elle qui servait à créer le droit ; ce sera elle aussi qui servira à le mettre en mouvement, à en assurer les effets lorsqu'il sera contesté, à engager l'instance. Le préteur contraindra les parties qui se présenteront devant lui et lui demanderont un juge pour trancher un différend, à conclure une *sponsio*. Vous prétendez, dira-t-il au demandeur, que vous avez tel droit, inter-

(1) Accar., t. II, p. 685 et s.

rogez votre adversaire et dites-lui : S'il est vrai, comme je le crois, que vous me devez tout, promettez-moi 100; et le défendeur ne pourra s'empêcher de répondre : ce serait sans cela s'avouer vaincu. Une fois cette promesse intervenue, le procès roulera sur le bien fondé de cette *sponsio* et par lui indirectement sur l'existence du droit réclamé, car l'engagement du défendeur n'a de valeur que si le droit du demandeur est certain.

Tel fut dans bien des cas le système suivi à une certaine époque, et c'est la procédure organisée selon ces formes qu'on désigne sous le nom de procédure *per sponsionem* ; elle est donc caractérisée par l'usage d'une stipulation qui englobe le droit litigieux, et dont on juge la valeur de façon que la décision qui intervient directement sur la *sponsio* tranche indirectement le point contesté. La *sponsio* introductive d'instance est l'intermédiaire entre le droit déjà existant et l'action qui en est la sanction ; c'est par là qu'elle se distingue de toute autre *sponsio* ; en effet, le prêteur usa souvent de ce moyen dans la procédure et même en dehors d'elle pour répondre aux besoins qui se faisaient sentir. Nous allons en dire un mot pour marquer leur différence avec celle qui fait l'objet de notre étude.

A raison de la distinction du *jus* et du *judicium*, de leur arrangement, il fallut souvent — pour préparer ou poursuivre le développement d'une action, pour assurer

l'exécution des jugements, — des contrats, des stipulations entre les plaideurs : les prêteurs en prirent la direction et en réglèrent le contenu des termes. On en rencontre, avec cette fonction, sous tous les systèmes de procédure. Ainsi dans les actions réelles, des promesses intervenaient pour assurer au demandeur, s'il gagnait, la restitution des fruits ; elles émanaient soit des tiers (*prædes litis et vindiciarum*), soit du défendeur (*cautio pro præde litis* et plus tard *cautio judicatum solvi*).

De même, il y en eut dans les actions personnelles soit à raison de la nature particulière de l'action (1), soit à raison de la situation spéciale du défendeur (2).

Enfin, on en usait, dans toutes les actions, pour assurer les comparutions devant le magistrat, lorsqu'il devait y en avoir plusieurs ; elles étaient alors l'engagement *vadimonium* de se présenter *in jure* à un jour déterminé ; et à défaut de comparution, il y avait condamnation à une certaine somme dont le taux variait suivant l'importance du litige. Plus tard, à côté de cette première destination du *vadimonium* de renvoyer, à un autre jour, pour être continuée, la procédure *in jure* déjà commencée, il eut dès l'époque de Cicéron et

(1) Telles sont les actions *judicati, depensi, de moribus mulierum*.

(2) Il en était ainsi s'il avait subi une *missio in possessionem*, ou s'il était *procurator* du véritable intéressé (Kel., *Des actions*, p. 90).

dans les temps qui suivirent une seconde fonction : savoir, celle d'amener le défendeur, au moyen d'un engagement pris à cet égard, à comparaître pour la première fois à jour fixe devant le magistrat (1). Dans ce cas, et quoiqu'elle intervînt au début de l'instance, il n'y avait pas ce que j'ai appelé procédure *per sponsionem*, parce que son objet n'était pas le droit litigieux que l'on déduisait en stipulation.

Souvent enfin, le prêteur se servit de la *sponsio*, c'est-à-dire de la stipulation, pour obliger deux personnes à conclure entre elles un contrat qui fut plus tard, s'il y avait lieu, la base d'un droit. Il força le tuteur à promettre *rem pupilli salvam fore*, il contraignit le propriétaire d'une maison menaçant ruine à promettre réparation à son voisin, en cas d'écroulement (*cautio damni infecti*). Plus tard, si le tuteur a mal géré la fortune du pupille et si la maison est tombée, la stipulation prétorienne permettra d'introduire une action contre le tuteur ou le propriétaire, d'engager l'instance. Y a-t-il en ce cas, procédure *per sponsionem*? et devons-nous parler de ces sortes de *sponsiones*? Il faut répondre négativement : car ce sont ces *sponsiones* qui fondent le droit ; sans doute, avant qu'elles aient lieu, il y avait bien une certaine situation favorisée par le prêteur et pour laquelle il avait dit dans son *album* : je forcerai

(1) Kel., *Des act.*, p. 211 et les auteurs qu'il cite. Cic., *Pro Tul.*, 20; *Pro Quinctio*, 5, 6, 19, 21. Dig., tit. VI, liv. II, *De in jus vocati uteant aut satis vel cautum dent*.

les parties à contracter ; mais tant que ce contrat n'existe pas, il n'y a aucun lien juridique entre elles, tandis, qu'au contraire, lorsque intervient la *sponsio* introductive d'instance, les parties sont déjà, l'une vis-à-vis de l'autre, rapprochées dans un rapport juridique civilement obligatoire. Elle n'est, cette dernière, qu'un système de procédure, un procédé de forme et il s'agit dans la *cautio damni infecti*, d'un moyen de fond.

La *sponsio* étant définie dans la procédure comme mode introductif d'instance, il faut savoir pourquoi les Romains l'adoptèrent ; et pour cela il faut la comparer aux façons primitives d'introduire l'instance, au *sacramentum* qu'elle remplaçait, et montrer quels avantages elle offrait par rapport à cette ancienne forme. Nous avons alors à parler de la procédure qui se passe *in jure* : c'est elle, en effet, qui caractérise les actions de la loi et c'est elle aussi qui nous occupe puisqu'il s'agit de comparer les procédés introductifs d'instance.

L'examen des formes originaires de procédure nous fournit la preuve de ce fait, que c'est dans la période des origines qu'on rencontre de préférence les formes les plus compliquées, les prescriptions les plus subtiles. Le droit naturel n'est pas le droit des peuples dans l'enfance ; au début la liberté des parties est gênée par une foule de règles.

Nous n'entrerons pas dans tous les détails de la *legis*

actio sacramenti, il suffira de mettre en relief les inconvénients qui s'y rencontraient.

Dès que les parties se trouvaient *in jure*, elles commençaient par affirmer chacune de leur côté leurs droits dans une forme solennelle et consacrée ; le choix des mots n'était pas libre ; et si, par erreur, on arrivait à ne pas se conformer aux formules tracées, le procès était perdu (1).

Quelles étaient au juste les paroles prononcées ? Les détails nous manquent et nous n'avons pas ici à insister sur les conjectures.

S'agissait-il d'actions personnelles, le demandeur affirmait son droit et le défendeur niait la prétention. S'il s'agissait d'actions réelles, après que le demandeur s'était déclaré propriétaire, son adversaire devait sans doute à son tour affirmer son droit de propriété dans des termes identiques (*contra vindicatio*) (2). Au surplus, dans les actions réelles, la prononciation, par chaque partie, de sa prétention ne suffisait pas, il y avait encore divers compléments consistant soit en paroles solennelles, soit en actes symboliques. Telle était l'*adprehensio* c'est-à-dire la saisie corporelle, avec la main, de l'objet litigieux ou d'une partie de cet objet : ce qui supposait la présence de la chose litigieuse à l'endroit où l'instance s'engageait. De là, s'il s'agissait

(1) Gaius, IV, § 11.

(2) Gaius, IV, § 16.

d'immeubles il fallait se transporter sur les lieux avec le magistrat. On avait bien fini par admettre des tempéraments; le magistrat n'alla plus là où se trouvait l'immeuble, les parties elles-mêmes finirent par ne plus s'y rendre ensemble. Mais on apportait, en justice, une motte de terre ou tout autre objet pris sur l'immeuble et on accomplissait sur lui les rites solennels. On le frappait d'une baguette (*festuca*) qui représentait la lance (*hasta*) symbole du combat; on simulait une lutte et le préteur donnait ordre d'y mettre fin (1) : c'est à ce moment que les adversaires revendiquaient la chose chacun de son côté. Il y avait donc une série de formalités symboliques inutiles et gênantes d'autant plus que les formes des *legis actiones* furent longtemps tenues secrètes par les pontifes qui les dirigeaient.

Ce n'était pas tout; qu'il s'agît d'actions réelles ou personnelles, il y avait *provocatio* au *sacramentum*, c'est-à-dire que chaque partie forçait son adversaire à consigner une somme qui fût perdue pour lui si sa prétention n'était pas jugée conforme au droit (2). A l'origine le montant de cet enjeu était déposé de suite dans un temple ou tout autre lieu consacré; puis il devint d'usage de donner simplement des cautions pour en assurer le paiement éventuel. Le *sacramentum* était le caractère distinctif de cette procédure; il servait à deux

(1) Cic., *Pro Murena*, 12. Aul.-Gel., XX, 10.

(2) Gaius, IV, § 13. Festus, v. *sacramentum*.

buts : punir le perdant pour avoir engagé un procès alors qu'il était sans droit; servir de base à la décision du juge, car il examinait si le pari était ou non fondé et par là si le droit existait ou non.

C'était bien ; mais dans ses détails ce *sacramentum* avait deux inconvénients : il ne constituait aucun profit pour le gagnant ; la somme était, par celui qui perdait, abandonnée au trésor public ; et de plus le taux de ce *sacramentum* manquait de souplesse.

Au lieu de varier en chaque cas suivant la valeur du litige, de se mesurer à l'importance de l'intérêt engagé, il était ou de 500 ou de 50 as suivant que le procès dépassait ou non 1000 as (1).

Des réformes se faisaient donc sentir, d'autant plus qu'après accomplissement de toutes ces formalités on ne passait pas encore de suite à la seconde phase de l'instance. Avant de quitter le magistrat, les parties devaient prendre l'engagement de se présenter à nouveau devant lui au bout d'un certain temps — trente jours d'ordinaire — pour faire choix d'un *judex* et faire procéder à son institution (2). Enfin, le jour venu, intervenait après l'institution un nouvel engagement de

(1) Gaius, IV, § 14 ; s'il s'agissait d'un *liberale judicium*, le *sacramentum* était toujours de 50 as par faveur pour la liberté.

(2) Il en fut ainsi au moins depuis la loi Pinaria ; auparavant, ou bien il n'y avait pas la distinction du *jus* et du *judicium*, ou bien si elle existait, il y avait *datio judicis* lors de l'accomplissement des formalités de la *legis actio* ; on adopte

part et d'autre, de comparaître à jour fixe devant le juge désigné.

Il en résultait des lenteurs inutiles et gênantes, d'autant plus que, comme on l'a fait remarquer (1), les *legis actiones* ne pouvaient s'introduire un jour quelconque. Les Romains avaient réparti les jours de l'année en *dies nefasti*, *fasti comitiales* et *intercisi*; les *dies fasti* seuls étaient exclusivement réservés à la juridiction; quant aux *dies comitiales*, d'ordinaire on les réservait aux comices et c'était seulement à leur défaut que la juridiction était possible; dans les *dies intercisi* de nature mixte, on ne pouvait agir que dans le milieu de la journée, et dans les *dies nefasti* (60 environ) c'était impossible. Le temps consacré à l'administration de la justice se trouvait donc réduit; de plus, pendant plusieurs siècles, la fixation du calendrier fut l'œuvre des pontifes et ils s'appliquèrent à l'envelopper de mystère.

Cette procédure du *sacramentum* s'appliquait-elle dans tous les cas; était-elle toujours nécessaire pour autoriser les voies d'exécution, lorsqu'il y avait désaccord entre les parties? Il ne faudrait pas le croire d'une façon absolue; et l'on doit distinguer deux catégories

l'une ou l'autre interprétation, suivant qu'on place *nondum* ou *statim* dans la phrase de Gaius relative à la loi Pinaria, *ante eam legem..... dabatur iudex*.

(1) Accar., t. II, n° 740, *in fine*, d'après le témoignage de Varron, *De ling. lat.*, VI, 29, 30 et 31.

d'exceptions : pour certaines créances privilégiées on permit de suite l'exécution *manus injectio* sans qu'il fallût un jugement, sauf pour celui qui en était victime, à en arrêter les effets, soit en faisant intervenir un *vindex*, soit en se défendant lui-même.

Mais les cas où il en fut ainsi étaient assez rares et pour plusieurs nous sommes réduits aux conjectures (1).

Une autre dérogation est plus importante : du fait indiqué plus haut, que le procès engagé *per sacramentum* se réduisait à la question de savoir si le *sacramentum* était ou non *iustum*, il en résultait que le juge pouvait répondre seulement d'une façon absolue :

(1) Kel. (*Des act.*, p. 82) cite comme donnant lieu à la *manus injectio*, sauf intervention du *vindex*, la créance du *sponsor* contre le débiteur principal pour le remboursement de ce qu'il avait dû payer (*actio depensi* créée par la loi Publilia) et la créance en restitution du *sponsor* contre le créancier qui lui avait demandé plus que sa part virile (*lex Furia de sponsu*). D'autres fois, celui qui subissait la *manus injectio* pouvait se défendre lui-même. Telle fut la règle établie par la *lex Furia testamentaria* contre celui qui avait accepté un legs de plus de 1,000 as, par la *lex Marcia adversus feneratoros de usuris reddendis*. — Keller croit devoir joindre à cette liste les obligations résultant d'un *nexum* proprement dit et celles qui en revêtaient le caractère, puis l'*actio legis aquiliae*, et en général, toutes les actions *quæ infitiando crescunt in duplum*; car, selon lui, ce caractère vint précisément de la faveur qu'elles eurent sous les *legis actiones* de comporter le bénéfice de la *manus injectio* (v. en ce sens, *Huschke uber das recht des nexum*, p. 141 et 142. Demang., t. II, p. 150. Varr., *De ling. lat.*, VII, § 105).

oui ou non. Il ne pouvait être question de plus ou de moins, d'une appréciation laissée au juge qui tiendrait compte de cette foule de circonstances qui se présentent avec des nuances infinies dans les rapports de la vie sociale. Les rapports de ce genre ne pouvant s'accommoder à la rigueur du *sacramentum*, il fallait créer pour eux une forme différente : les Romains ne pouvaient s'en passer ; de sorte qu'à côté de l'*actio sacramento* se plaça la *judicis postulatio* qui, à raison des besoins auxquels elle répondait, dut remonter à la plus haute antiquité (1). Alors le demandeur ira trouver le juge et lui dira : *arbitrum judicem se postulo uti des*. On fera droit à sa requête et ce moyen aura l'avantage de ne point déguiser la véritable question litigieuse et de n'exposer le perdant à aucune peine.

Quoi qu'il en soit, et malgré les tempéraments, le domaine du *sacramentum* était encore fort étendu et dans les cas où il intervenait, les inconvénients étaient nombreux. Ils apparurent surtout dans les cas les plus simples qui, tout en se prêtant au jugement rigoureux par oui ou par non, n'exigeaient en vérité qu'une constatation matérielle.

Ainsi en était-il quand le demandeur se prétendait créancier d'une somme d'argent qu'il déterminait. — « J'ai droit à 100 que j'ai prêtés. » Le prêt est nié, le juge n'a qu'à savoir s'il existe, pourquoi rendre néces-

(1) Cic., *De offc.*, III, 40.

saires toutes les formalités dont j'ai parlé? Elles étaient donc superflues. On les supprima en créant la *condictio* qui veut dire, on le sait, sommation faite par le demandeur à son adversaire d'avoir à se trouver avec lui le trentième jour, devant le magistrat, pour recevoir un juge. Au jour fixé celui-ci était institué. Mais si telle avait été exclusivement la nouvelle procédure *in jure*, on serait arrivé brusquement au renversement de toutes les règles admises dans le *sacramentum*. Les Romains ne l'ont pas voulu : ils ménagent, on le sait, les transitions ; le droit n'était soumis jadis au juge que par l'intermédiaire du *sacramentum* et le perdant encourait une peine ; on conserva ces vieux principes. Les parties se trouvant devant le magistrat durent faire une *sponsio* à l'occasion du droit en litige, et cette *sponsio* consista dans la promesse que fit le défendeur de payer, s'il perdait, une certaine somme à son adversaire. Le demandeur dira : Si tu me dois 30, promets-moi 10. Je le promets ; et sur cette *sponsio* s'engagera le débat judiciaire.

Par ce moyen, on maintenait l'ancienne règle exigeant la solennité de la procédure ; on arrivait, comme dans le *sacramentum*, à préciser suffisamment le débat qui s'élevait, et on réalisait en même temps divers progrès : la peine subie par celui qui succombait devenait un profit pour le gagnant (1) ; on évitait toute une

(1) Gaius, IV, § 13.

série de formules solennelles sans nullité, qui n'avaient d'autre effet que d'exposer les parties inhabiles à perdre leur procès par omission dans les mots; enfin la peine était proportionnée à la valeur du litige (1). Il y avait, je l'ai montré, d'autres inconvénients dans le *sacramentum*; la procédure *per sacramentum* ne les fit pas disparaître, et je dirai plus tard qu'elle eût de son côté des imperfections spéciales inhérentes à sa nature particulière; mais son intervention s'explique comme évolution transitoire.

Une fois créée, elle étendit son domaine à cause de ses avantages, aux dépens du *sacramentum* tombé en désuétude; mais, en se développant, elle subit cette transformation que le résultat pénal, qu'elle avait à l'origine et que j'ai signalé, devint tout à fait l'accessoire, si bien que dans plusieurs de ses applications les plus pratiques, il n'en fallut plus parler. Le montant de la peine stipulée ne fut plus exigée du perdant; la *sponsio* fut avant tout le moyen de saisir le juge du procès.

Nous allons insister maintenant d'une façon plus approfondie sur la nature de cette *sponsio* introductive d'instance.

(1) Gaius, IV, § 71.

CHAPITRE II

NATURE ET FORME DE LA SPONSIO INTRODUCTIVE D'INSTANCE. — DISTINCTION DE LA SPONSIO PENALIS ET DE LA SPONSIO PRÆJUDICIALIS.

Quand on parle de la *sponsio* employée dans les contrats, on fait allusion à une stipulation de formes rigoureusement précisées, qui se caractérise par l'emploi nécessaire des mots *spondes ne spondeo*. Cette exigence était dure, et bientôt on dut, à Rome, par un progrès, se départir de ce formalisme étroit (1); mais alors la nouvelle forme de promesse s'appela stipulation. Le mot *sponsio* n'était plus exact, il s'appliquait exclusivement à la forme primitive. Celle-ci ne comportait dans les mots aucun équivalent, et, par conséquent, l'emploi de la langue étrangère, était impossible, autant aurait valu alors prendre des termes latins

(1) On put employer un verbe différent (Gaius, IV, § 93); il fut inutile de répéter les mêmes mots dans la demande et la réponse; on put employer deux langues différentes; il suffit qu'on se comprenne (LL. 1, § 2, 6, 65, § 1, 136, pr., *De verb. obligat.*).

synonymes. De là, dit Gaius, IV, § 13 : « A deo propria « civium romanorum est ne quidem in græcum sermo- « nem per interpretationem transferri possit ». Elle était exclusivement réservée aux citoyens romains, interdite, par conséquent, aux pérégrins.

Si l'on passe à la procédure *per sponsionem*, il ne faudrait pas croire à la même rigueur de formes ; l'emploi des mots *spondes ne spondeo* n'était pas nécessaire, et le terme de procédure *per sponsionem* désigne simplement une instance qui s'engage par un contrat entre les plaideurs, intervenu dans la forme d'une stipulation (1). De ceci nous n'avons pas de preuves dans les textes, mais la procédure *per sponsionem* existait à une époque où la rigueur de formes s'était atténuée dans la stipulation extrajudiciaire ; pourquoi aurait-on été plus sévère dans la procédure, d'autant plus que les rigueurs de la forme étaient ici plus sensibles que partout ailleurs. Une erreur dans la conclusion d'un acte juridique pouvait être rectifiée, il n'y avait qu'à refaire cet acte ; mais on ne pouvait intenter deux fois les mêmes actions ; cette méprise dans la forme était irréparable (2) ; de là on devait ménager aux parties une plus grande liberté, la nécessité des mots *spondes ne spondeo* eut été une trop grande gêne ; et le fait qu'ils n'étaient valablement prononcés que par les

(1) Kel., *Des act.*, § 26. Bekker, *Die actionen des privatrecht*, t. I, p. 247.

(2) Ihering, *Espr. du dr. rom.*, III, p. 282.

citoyens romains, montre bien qu'on avait dû supprimer leur emploi exclusif dans la procédure.

La *sponsio* conserva d'ailleurs ici son caractère d'acte unilatéral n'obligeant qu'une des parties : c'était la nature de tous les actes juridiques prévus par l'ancien droit civil (1).

La *sponsio* était introductive d'instance, mais ce n'était pas elle qui créait le droit : il existait avant son intervention, et elle ne fut que le moyen imaginé par le préteur pour le mettre en œuvre ; voilà pourquoi on fait observer qu'en prescrivant son intervention, le préteur agissait en vertu de son pouvoir de *jurisdictio* (2), c'est-à-dire exerçait ses attributions relatives à l'administration de la justice civile. Et ainsi on distinguait cette *sponsio* introductive d'instance des autres *sponsiones prætorix* qui rentraient dans ce qu'on appelait l'*imperium mixtum*. La remarque offre certain intérêt au point de vue des magistrats qui pouvaient enjoindre aux parties ces *sponsiones* : car l'*imperium mixtum* fut refusé aux magistrats des cités italiques (26 pr., et § 1, D., L., 1).

La *provocatio* à la *sponsio* émanait toujours du demandeur ; de là les mots : *sponsione lacesere aggredi*.

(1) *Manuel des instit. rom.*, de Boucher-Leclercq, p. 392. Ihering, *Espr. du dr. rom.*, p. 13 et s., t. IV.

(2) J'entends ici le mot *jurisdictio* dans son sens le plus étroit ; compétence relative aux actes de la procédure ordinaire, à l'exclusion de toute *cognitio extraordinaria*.

Elle était construite de nature à embrasser le droit principal mis comme condition de l'engagement ; cette condition avait la forme d'une affirmation ou d'une négation, *spondes ne si* ou *ni*, suivant que le gain du procès pour le demandeur devait dépendre de l'existence ou la non-existence de la circonstance qu'on indiquait (1).

Il y eut deux sortes de *sponsiones* : tantôt elle fut purement préjudicielle (*mere præjudicialis*) et tantôt en même temps pénale (*penalis*), ayant dans un cas uniquement pour but l'obtention d'un *judicium* destiné à faire statuer par voie préjudicielle sur le droit en litige, ayant de plus pour objet dans l'autre, d'infliger par la perte de la *summa sponsionis*, à la partie mal fondée dans sa prétention, une peine pour avoir à tort élevé ou soutenu un procès injuste (2).

On en tira une conséquence : si le défendeur, en cas de perte par lui du procès, était soumis au paiement effectif de la *summa sponsionis* qu'il avait promise, le demandeur, si c'était lui qui succombait, devait être puni d'une peine semblable ; de là, la nécessité d'ajouter à la *sponsio penalis* émanée du demandeur une seconde *sponsio*, mais inverse de la première, intervenant au profit du défendeur ; on l'appelait *restitutio*. Elle était inutile lorsque la *sponsio* était *mere*

(1) Zimmern, *Des act.*, p. 167.

(2) Gaius, IV, § 94.

præjudicialis ; car le défendeur, s'il succombait malgré la condamnation qui s'emblait l'y astreindre, n'était pas forcé d'en effectuer le payement.

A l'époque classique, l'usage de la *sponsio*, nous dit Gaius, ne fut pas obligatoire ; elle intervint au choix des parties ; mais le demandeur, comme aussi le défendeur, purent en requérir l'application, et dès qu'une partie concluait à son emploi, l'autre partie devait s'y soumettre (1). Sans doute on aurait pu concevoir que le demandeur pût choisir son mode d'action et contraindre le défendeur à accepter celui qu'il avait arrêté, mais du moment que la *sponsio* était un profit pour le gagnant, un plaideur sûr de son droit devait désirer sa présence.

Quant à la *sponsio præjudicialis* qui intervenait dans les actions réelles, elle avait certains avantages que j'expliquerai plus tard, à raison de la possibilité ou de l'impossibilité d'user des interdits même après avoir intenté l'action réelle. Chacune des parties pouvait donc, si elle le voulait, imposer à l'autre la procédure *per sponsionem*.

(1) On peut invoquer en ce sens un texte des *Ménechmes* de Plaute. Un patron, Menechius, venant de défendre en justice la cause d'un de ses clients qui avait été cité en justice, étant défendeur, raconte qu'après avoir soutenu par mille raisons plus pitoyables les unes que les autres la mauvaise prétention de cette partie, il avait fini par proposer une *sponsio*. *Dixeram controversiam uti sponsio fieret* (v. 501 et 502, *Ménech.*). Ainsi, c'est le défendeur qui demande ici la *sponsio*.

Dans la *sponsio præjudicialis*, ai-je dit, la peine à laquelle le défendeur se soumettait n'était pas le moins du monde exigée ; tout le soin des parties était d'amener indirectement le juge à se prononcer sur l'existence ou la non-existence des droits du demandeur, objet du litige ; cette *sponsio* s'offre donc à nous comme un acte apparent (1).

Agir en apparence, c'est le contraire d'agir sérieusement, c'est accomplir une action extérieure, prononcer des paroles à la signification desquelles on ne veut pas s'attacher. Dans l'acte juridique, il y a cette apparence, lorsque l'on ne veut pas faire suivre l'acte des effets juridiques qui lui sont propres et ce but ne peut être atteint qu'au moyen d'une entente entre les parties. Cette définition s'applique également aux actes simulés, à une donation déguisée par exemple ; mais il faut les distinguer ; l'acte simulé couvre un mensonge dont les tiers ignorent l'existence ; la réalité démasquerait peut-être un fait illicite. Ici nul ne se méprend sur la signification véritable, les actes apparents sont des formes juridiques au même titre que d'autres qui sont entrés dans le domaine du droit : de là, tandis que l'acte simulé, s'il est contesté par une des parties, doit être annulé par le juge, l'acte apparent consacré par la coutume demeure inattaquable.

Ces considérations, quelque abstraites et théoriques

(1) Ihering, *Espr. du dr. rom.*, trad., t. III, p. 311.

qu'elles paraissent, sont intéressantes à noter ; car elles servent à nous expliquer pourquoi les parties recourant à la *sponsio*, gardent le silence sur leur intention de ne pas songer au payement de la somme objet de la promesse. C'est que cette indication, si elle avait eu lieu, se serait trouvée contraire aux formes extérieures qu'on employait, au contenu d'une obligation qui prenait naissance dans la stipulation. C'est pour la même raison que dans tous les actes solennels conclus *fiduciæ causæ*, il n'était pas fait mention de cette circonstance : il fallait conserver certaine ressemblance entre le procédé qu'on employait détourné de son domaine propre et son effet ordinaire ; de même qu'il fallait aussi garder certaine précaution dans le choix du procédé par rapport au but à atteindre. « Il y avait, comme « dit Ihering un peu subtilement, une transaction établie entre la nature technique de la forme et l'intérêt pratique qu'on avait en vue. » Ainsi l'*in jure cessio* fonctionnant comme acte apparent avec les dehors de la revendication ne pouvait s'appliquer à propos de droits qui ne comportaient pas l'exercice d'une revendication.

Passons maintenant à la *sponsio penalis* : si l'on considère sa nature, une question se pose très importante. La *sponsio penalis*, outre qu'elle constitue une peine pour le perdant, est-elle en même temps un procédé introductif d'instance, créé pour saisir le juge de la question principale ? J'ai supposé jusqu'ici qu'elle avait

eu ce rôle, et tous les auteurs sont de cet avis; mais leur affirmation doit être contrôlée et il faut insister sur les motifs qui ont dû décider de leur conviction.

La procédure *per sponsionem*, je l'ai dit et j'y reviendrai, a été créée sous les *legis actiones* par la loi Silia qui organisa la *condictio certæ pecuniæ*. Pour réaliser une économie de temps, on supprima pour elle tous les actes solennels accomplis *in jure* dans l'action *per sacramentum*; ils étaient inutiles ici à cause de la simplicité de l'affaire; mais ces formalités minutieuses avaient deux buts pratiques : préciser aussi nettement que possible les prétentions des parties, fixer une peine dans l'intérêt du gagnant. Ces résultats devaient être conservés : d'abord parce qu'on n'était pas habitué à Rome aux innovations brusques, et ensuite parce qu'ils étaient utiles; la *sponsio* dut suffire à tout; elle fut le moyen, pour les plaideurs, d'exposer leurs droits et de punir le perdant, elle fut *penalis* et *præjudicialis*.

Et la réunion de ces deux rôles cadre bien avec les idées primitives des Romains. Le sentiment juridique brutal, voit dans toute contestation, dans tout obstacle que rencontre le droit d'une personne, un délit à son égard; l'esprit de vengeance ne distingue pas s'il y a faute ou non en soulevant un procès, et dans tous les cas une peine s'ensuivra pour le perdant (1) : la *sponsio*

(1) Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. I, p. 127.

donne satisfaction à cette idée : voilà son premier rôle.

A côté de cette idée primitive, il faut en indiquer une autre. Au début des sociétés, l'autorité sociale n'a pas qualité pour intervenir dans les affaires privées sans l'aveu de ceux que la chose concerne. Quand le Romain commet un méfait qui lèse la communauté entière, il est naturel que le peuple ou ses représentants agissent afin de punir le coupable ; mais de quel droit jugerait-il un citoyen dont un simple particulier prétend avoir à se plaindre. Il faut que les adversaires aient consenti à s'en remettre à la décision de l'autorité : voilà le préliminaire indispensable de la procédure. Cet accord c'est l'acte introductif d'instance. Tel est précisément le rôle de la *sponsio* qui n'est autre chose que la manifestation du consentement des deux parties à accepter le jugement qu'on va rendre, le moyen de lier le défendeur à l'instance. Il ne faut pas insister outre mesure sur cette idée d'une acceptation libre par les parties de l'autorité judiciaire ; elle arriva à s'imposer ; mais de l'idée primitive on retient ce fait qu'il y aurait au début de l'instance un contrat entre les deux adversaires, une convention, obligatoire sans doute, mais qui restait nécessaire par souvenir des principes anciens. La *sponsio penalis* est donc à la fois un procédé introductif d'instance et une peine pour le perdant. Ce fut elle sans doute qui vint la première à l'idée des Romains, car la conception d'une *sponsio mere præju-*

dicialis est le résultat d'une analyse juridique plus raffinée. Ce fut elle aussi qui subsista le plus longtemps, parce que l'effet qu'elle avait d'infliger une peine n'était point obtenu par les formules qui portaient directement sur le droit litigieux (1).

Mais l'élément préjudiciel tendit chez elle à s'effacer par l'usage qui s'établit de se faire délivrer et de *subjungere* à la *formula ex sponsione* une formule spéciale contenant directement le droit litigieux (2).

La *sponsio penalis* fut donc un des moyens employés par le droit romain pour empêcher les procès et punir les plaideurs téméraires. Il faut voir quel rôle elle a joué au milieu de toutes les institutions établies dans ce but. Les Romains s'étaient, on le sait, vivement préoccupés de réprimer l'esprit de chicane (3), et pour y parvenir ils avaient mis en œuvre plusieurs procédés. Sans parler de la création des *judicia imperio continentia* qui n'avaient de valeur que pendant la durée des pouvoirs du magistrat qui avait organisé l'instance, il y avait d'autres voies plus directes. La *sponsio penalis* en fut une des plus efficaces, car elle pouvait s'appli-

(1) Kel., *Des act.*, trad., p. 122.

(2) Gaius, IV, § 165 et s.

(3) On y avait été amené par la manie progressive des Romains (Pline le J., let. VII, 30), et au dire de Juvénal, les femmes elles-mêmes avaient été gagnées par l'esprit de chicane: *Nulla fere causa est in quam non femina litem moverit*, et ailleurs: *Componunt ipsæ formant que libellos, principium atque locos celso dictare paratæ* (Juv., sat. 6).

quer au demandeur et au défendeur. De là, quand elle avait lieu, elle était suffisante, tout autre procédé était écarté (1). Les preuves nous en sont fournies par Gaius. Ainsi le demandeur ne pouvait exiger que son adversaire prêtât le serment de *calumniā*, c'est-à-dire jurât qu'il n'agissait point par esprit de chicane, qu'il ne soutenait pas sciemment un mauvais procès. Le serment pouvait dès l'origine être exigé par chacun des plaideurs; s'il le refusait, le défendeur était *confessus in iure*; quant au demandeur, il était sans doute déchu de son action.

Tel était le principe admis sous Justinien (L. 2, §§ 6 et 7, D., II, 59), et il est probable qu'il en était auparavant de même. Jamais ce serment ne se cumulerait avec la *sponsio* (2). Ainsi le défendeur ne pourra intenter contre le demandeur le *judicium calumniæ* qui tendait à le faire condamner au dixième de la valeur de l'objet du litige, et, à l'occasion des interdits, au quart, non pas que la nature de l'action le rendit impossible; il pouvait, dit Gaius, avoir lieu dans toute espèce d'action (3); mais le cumul était défendu. De là, si le demandeur n'use pas de la *sponsio*, le défendeur pourra en demander l'application et devra, pour triompher, démontrer la mauvaise foi de son adver-

(1) Valer, *Hist. de la procéd. chez les Rom.*, p. 214; Zimmern, § 180, p. 528.

(2) Gaius, IV, § 172.

(3) Gaius, IV, § 176 et 181.

saire. Ainsi la *sponsio penalis* ne pouvait concourir avec le *judicium contrarium* édictant une peine du dixième de l'intérêt en litige, accordé contre le demandeur par le seul fait qu'il était vaincu. Chacune de ces deux peines s'appliquait à des actions distinctes. Ainsi la peine du double, en cas d'*infitiatio*, n'était pas admissible ; les cas où elle intervient ne sont pas ceux qui admettent la procédure *per sponsionem*.

Ces considérations suffisent à montrer que la *sponsio penalis* empêche l'emploi simultané de toute autre peine à l'encontre du perdant.

Reste une question. Quelle était la sanction du refus d'engager les *sponsiones*? On ne pouvait pas s'arrêter au refus du défendeur, et les droits du demandeur ne devaient pas être tenus en échec.

On sait ce qui se passait si le défendeur ne comparait pas *in jure*. Les Romains, ne connaissant pas la procédure par défaut, ne pouvaient passer outre et continuer l'instance, mais il y avait un remède : l'envoi en possession du défaillant (1).

(1) Tel était le principe général ; mais dans quelques cas, il y avait (Ulp., frag. *Vindeboneuse*) un moyen plus simple ; s'agissait-il d'action réelle, *si lis non defendatur*, le demandeur obtenait l'interdit *quem fundum*, par lequel il était ordonné au possesseur de transférer la possession à son adversaire. — Les auteurs prévoient cet interdit à propos du refus de donner caution *judicatum solvi* ; mais il n'y a aucune raison pour ne pas admettre la même solution au cas de refus d'engager la procédure *per sponsionem*, d'autant plus qu'on

Si, ayant comparu *in jure*, le défendeur avait demandé au préteur une remise (1), ou si les parties, ne pouvant terminer leur exposé en une seule séance, une seconde comparution était nécessaire, le défendeur donnait caution de reparaître devant le préteur (2), promettait une somme en cas de non-comparution. L'inexécution de cette promesse entraînait la perte de la peine stipulée; l'édit organisait en outre contre les coupables une action en dommages et intérêts, voire même une action pénale (3). Enfin le préteur pouvait employer la mesure de contrainte dont il disposait en accordant la possession de la chose litigieuse ou même la possession de tous les biens du défaillant.

Allons plus loin. Si le défendeur comparaisait *in jure*, mais refusait d'engager les *sponsiones*, il y avait, suivant Maynz (4), les mêmes peines, et il s'appuie sur la loi 52, D., L, 17 : « Non defendere videtur non
« tantum qui latitat sed is qui præsens negat se defen-
« dere aut non vult suscipere actionem. »

Keller a une autre opinion; suivant lui : « Le défendeur qui ne voulait pas se conformer aux règles
« de procédure et faire la *sponsio* au début de l'ins-

emploie pour fixer les cas où elle intervient, les termes les plus généraux, *si lis non defendatur*.

(1) 1, pr., II, 13, D.; 1, § 10, D., XLIII, 19.

(2) Gaius, IV, § 184.

(3) Gaius, IV, § 46; 3, D., II, 11 et 2, § 1, D., II, 6.

(4) Maynz, t. I, p. 299.

« tance était assimilé au *judicatus* comme le *confessus* (1). » Ces affirmations manquent de précision, car la situation du *confessus* et du *judicatus* n'était pas, dans tous les cas, la même. S'il s'agissait de dettes de sommes d'argent, la phrase était rigoureusement exacte, car alors dans les deux cas on pouvait procéder à la *manus injectio* contre le débiteur; mais, dans tous les autres procès, elle était possible après le jugement rendu et non pas dans le cas d'aveu. On édictait des règles différentes pour les créances de sommes d'argent et pour les autres droits déduits en justice. La maxime connue : *confessus in jure pro judicato habetur* n'est donc pas rigoureusement exacte; les textes eux-mêmes s'en expliquent formellement : *certum confessus pro judicato erit incertum non erit*, et la suite du texte fait voir que le mot *certum* désigne une somme d'argent.

Mais, pour nous en tenir aux voies d'exécution sur les biens, qu'on adopte l'une ou l'autre des deux interprétations que j'ai signalées, il faut dire que, dès qu'il n'y avait pas lieu à une *actio certæ pecuniæ*, il fallait, en cas de refus d'engager la *sponsio*, procéder à une *litis æstimatio* comme préalable nécessaire de l'exécution pour préciser en argent l'intérêt du procès. Aussi y avait-il dans ce but une action pénale que les textes désignent sous le nom d'*actio confessoria* (2), terme auquel on

(1) Dans le même sens, Ortol., t. II, p. 499, n° 1881.

(2) 25, § 1 et 26, D., IX, 2.

oppose quelquefois celui d'*actio infitiatoria* pour désigner l'action ordinaire.

A la suite de l'estimation, les voies d'exécution devenaient possibles : *missio in possessionem* et *venditio bonorum* qui intervenaient dans les deux systèmes que j'ai exposés.

Il semble alors qu'il n'y ait aucun intérêt à distinguer l'opinion de Maynz de celle de Keller; mais M. Accarias fait remarquer judicieusement une différence dans les effets de la *missio in possessionem* suivant qu'elle intervenait ou non comme la conséquence d'un jugement. En était-elle la suite, pour la faire cesser et éviter la *bonorum venditio*, il n'y avait qu'un moyen, payer la totalité des dettes, au lieu qu'en cas d'*indefensio*, il suffisait que quelqu'un se présentât comme défendeur pour la faire disparaître (L. 133, § 1, D., XLII, 5).

Ceci dit, la théorie de Maynz, outre qu'elle semble appuyée par les textes, paraît plus conforme aux idées romaines qui supposaient toujours pour la sentence l'idée de *judicium acceptum*, qui mettait à la base de l'instance une sorte de contrat entre les plaideurs; or on ne peut guère en parler ici.

On invoque, contre cette opinion, la *lex Galliæ, cisalpinæ*, chap. XXI, qui rapproche la *confessio in jure* et le refus du défendeur de répondre aux *sponsiones*; mais il n'est pas dit que les mêmes effets avaient lieu dans les deux cas

Nous avons à entrer, maintenant, dans le détail des applications de la *sponsio penalis* et *sponsio præjudicialis*. Quels sont, dans les textes, les cas où elles sont prévues? — J'entends parler de ceux où l'une des parties, désirant leur intervention, pouvait les imposer à l'autre. — Gaius (1) nous répond : pour la *sponsio penalis*, elle est possible dans la *condictio certæ pecuniæ* le constitut et les interdits. Nous consacrerons un chapitre à chacune de ces applications. Quant à la *sponsio præjudicialis*, elle s'attache aux actions réelles (2). Nous y verrons son rôle et ses effets.

Faut-il dire que la procédure *per sponsionem* était encore possible ailleurs? S'il s'agit de la *sponsio penalis* la négative ne saurait faire de doute. Comment un des plaideurs aurait-il pu, selon son bon plaisir, imposer à son adversaire les risques d'une peine au cas où il succomberait? Ce qui est vrai, c'est que les parties pouvaient s'entendre pour l'adopter (3). Mais, n'étaient-elles pas d'accord, nous ne pouvons interpréter le silence des textes juridiques que dans le sens d'une prohibition.

Si nous passons maintenant à la *sponsio præjudicialis*, comme elle n'entraîne aucun risque, il n'y a plus les mêmes raisons pour l'écarter; et, dans la transition du système des actions de la loi au système formulaire,

(1) Gaius, IV, §§ 162 et s., 171.

(2) Gaius, IV, § 91.

(3) Zimmern, *De la procédure romaine*, § 167.

lorsqu'il parut nécessaire ou utile de l'employer pour pourvoir d'un *judicium* un droit privé litigieux, pour lequel on n'avait pas encore créé de formule spéciale, le préteur put recourir à cette voie (1). On a dit qu'il en fut souvent ainsi, et, notamment, que la *sponsio præjudicialis* a été la forme sous laquelle étaient portées en justice les exceptions et les *præjudicia*. Nous verrons, dans un chapitre spécial, ce qu'il faut penser de cette affirmation.

(1) Kel., *Des act.*, p. 109.

CHAPITRE III

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM DANS LA CONDUCTIO CERTÆ PECUNIÆ

L'étude de la *sponsio* nous ramène ici à la création de la *condictio* car elles ont été, nous le dirons, liées au début l'une à l'autre. Le nom de *condictio* est venu des formes suivies dans la procédure ; elle a pour cause ce fait que les parties s'assignaient à trente jours devant le magistrat pour en recevoir un juge. Festus la définit *in diem certum ejus rei quæ agitur denuntiatio*. C'est dans le même sens que Plaute (1) s'exprime et la qualification a été adoptée (2).

Envisagée dans sa nature juridique, c'est l'action de droit strict, l'action civile *in personam*, qui naît d'une cause non susceptible de produire des obligations synallagmatiques.

Elle fut créée par deux lois, comme nous le rapporte

(1) Plaute, *Curculio*, acte I, sc. 1, v. 5.

(2) Zimmern, *Des act.*, § 43. Walter, *Procéd. civ.*, ch. III.
Kel., *Des act.*, § 18. Demang., *Dr. rom.*, II, p. 469.

Gaius, la loi Silia et la loi Calpurnia, qu'une conjecture place dans les années 510 et 520 de Rome ; la première créait la *condictio certæ pecuniæ*, la deuxième la *condictio de omni certa re* (1).

A ce moment là existaient déjà deux *legis actiones* et avec elles on pouvait saisir la justice de toute action. Le *sacramentum* s'appliquait à tous les cas susceptibles de donner lieu à un pari et d'être tranchés par une affirmation ou une négation, sans solution intermédiaire (2).

La *judicis postulatio* était le complément indispensable, faite pour les contestations dont la nature exige le *mite moderatum* d'un *arbitrium* et qui n'auraient pu, par conséquent, s'accommoder des formes rigoureuses de la procédure du *sacramentum* : elle répondait à un besoin permanent ; aussi, pour beaucoup d'auteurs elle fut créée en même temps que le *sacramentum*. S'il n'en fut pas ainsi, elle dut le suivre de près (3) car elle était une nécessité.

(1) Gaius, IV, § 19.

(2) D'après Keller, p. 58, la formule du *sacramentum* aurait été : *Aio te mihi dare oportere* ; mais Savigny est d'opinion contraire ; selon lui, la formule avait quelque chose de plus vague, et pouvait s'appliquer aux objets les plus divers.

(3) On a dit : elle est certes antérieure à la loi des Douze Tables, car celle-ci s'occupait de réglementer certaines actions : *familiæ erciscundæ* (L. 1, D., X, 2), *finium regundorum, ad exhibendum*, qui se rapportent à la *judicis postulatio*. Mais rien ne prouve qu'à l'époque des Douze Tables, cette forme fut déjà suivie.

Cela étant, Gaius se demande à quoi servit au juste la *condictio* : « quære hæc actio desiderata sit, cum de « eo quod nobis dari oportet potuerimus sacramento « aut per iudicis postulationem agere, valde quæritur. » Sans doute, ainsi que je l'ai dit, tous les droits civils avaient avant elle leur sanction ; et quant aux droits personnels ayant un *certum* pour objet, le *sacramentum* s'y appliquait certainement. C'est donc sur son domaine que s'établit la *condictio* à qui furent réservées certaines contestations qu'on détacha des autres. Mais c'était un progrès que cette distinction. Les formalités du *sacramentum* étaient, on le sait, longues et minutieuses ; on reconnut que lorsqu'il s'agissait d'une obligation si précise, que l'office du juge se limitait en quelque sorte à une constatation matérielle suivie de la prononciation d'une formule affirmative ou négative, les longues solennités étaient inutiles et on simplifia ; il y aura *denuntiatio* du demandeur, c'est-à-dire assignation à comparaître, adressée au défendeur. Intervient-elle *in jure* ? On le prétend souvent ; mais alors on aurait conservé la nécessité de venir deux fois devant le magistrat, et c'était une complication qui avait dû paraître inutile. M. Accarias objecte que la *denuntiatio*, si elle n'intervenait pas *in jure*, ne serait pas à proprement parler partie intégrante de la *legis actio*, qu'elle n'en serait que le préliminaire, et il ajoute : comment alors aurait-elle pu lui servir de nom ? Mais c'est qu'elle est justement le trait distinctif de la nouvelle forme,

son caractère original ; elle devait en conséquence lui servir d'étiquette. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il n'y avait plus de paroles consacrées : la domination des patriciens s'était affaiblie. Longtemps le peuple avait été maintenu dans l'ignorance du droit, et pour le lui rendre moins accessible, on avait imaginé la procédure solennelle du *sacramentum* ; mais la publication du *jus flavianum* avait eu lieu et par haine des formules on en restreignit l'application. C'était bien : mais il en résultait que le débat allait manquer de précision ; il fallut un élément de procédure qui fixât dans une formule les prétentions du demandeur. On ne pouvait tout d'un coup s'affranchir du formalisme : ce n'était pas l'habitude des Romains d'innover brusquement ; aussi, on établit avant la *datio* du juge une *sponsio*, pour passer du *jus* au *judicium*.

L'instance s'engageait sur le bien fondé de ces *sponsiones* et la partie qui n'obtenait pas gain de cause en payait le montant en même temps que la somme principale objet du litige. Cette somme à payer en sus de sa dette, par le perdant, était proportionnée à l'intérêt du procès, à l'importance du principal (*sponsio tertie partis*) ; et c'était encore un progrès par rapport au *sacramentum* où l'on ne connaissait que deux taux (50 ou 500 as). Ajoutons que le montant de la *sponsio* était attribué au gagnant ; le trésor avait perdu ses anciens droits : c'était encore une amélioration.

Nous n'avons pas, il faut l'avouer, de texte indiquant

formellement dans la loi Silia la présence d'une *sponsio*. Mais Gaius, à l'époque classique, lorsqu'il parle de la *condictio pecuniæ certæ creditæ* cite la *sponsio tertiæ partis* sans dire quelle était une innovation.

Et une autre preuve plus sérieuse est fournie par un passage de la *lex Gallie Cisalpinæ* (ch. XXI). On suppose qu'un créancier vient demander le remboursement d'écus prêtés. L'emprunteur ne se défend pas, il ne répond pas à la *sponsio* du demandeur. Les conséquences, ajoute le texte, seraient les mêmes que *si... lege... de sponsione... non defenderet*. Le texte de la loi est de l'époque formulaire, mais le rappel qu'elle contient des actions de la loi et la constatation qu'elle fait d'une *sponsio* à cette époque sont décisifs. Il y avait donc une *sponsio* par respect pour les traditions et pour se rapprocher des formes du *sacramentum*. Avec le temps on s'en dégagea et la loi Calpurnia, qui créa la *condictio de omni certa re*, ne connut pas cette *sponsio* (1). On n'en trouve, en effet, aucune trace sous Gaius : d'où la décision du juge devait porter directement sur la prétention même du demandeur ; le prêteur traçait verbalement ou par écrit son office au juge et l'action se rapprochait ainsi du système formulaire.

Par ces détails on voit qu'il y avait une distinction entre les dettes d'argent et les autres obligations ; mais c'était à Rome une habitude de créer pour ces deux

(1) Kekker, *Consumtion*, p. 29 et 32.

catégories des règles différentes; dans la loi des Douze Tables, il en est ainsi déjà. A la troisième Table il est dit : en cas de dette d'argent reconnue ou de condamnation juridique, il y a *manus injectio*.

Ainsi en cas de dette d'argent, dès que le défendeur l'a reconnue et avant le jugement, il y a *manus injectio* possible (1); en dehors d'elle l'aveu n'a pas cet effet, il faut une sentence et jusque là on ne pourrait, sans doute, s'attaquer qu'aux biens du débiteur. Voilà pourquoi on lit dans Sextus Cecilius : « Fidem in negotio-
« rum contractibus sauxerant, maxime que in pecuniæ
« mutuatice usu atque commercio ».

Les mêmes distinctions se retrouvent dans la *lex Gallie Cisalpinæ* découverte sur les Tables d'Héraclée (aux ch. xxi et xxii). On y traite la compétence des magistrats dans les municipes. On dit au chapitre xxi : S'il s'agit d'une action pour obtenir remboursement d'un prêt, lorsque le défendeur avoue, le cas est le même que si une condamnation était intervenue : il y a adjudication du débiteur au créancier.

Le chapitre xxii, au contraire, s'applique à toutes les autres actions ; il est dit qu'en cas d'aveu on applique les mêmes règles que devant le magistrat romain : et nous avons vu par la loi des Douze Tables qu'une contrainte personnelle ne pouvait avoir lieu, mais que l'exécution pouvait seulement porter sur le patrimoine du débiteur.

(1) Aul.-Gel., p. 744, *Collect. des aut. lat.*, Nisard.

J'ai dit que la présence de la procédure *per sponsionem* dans la loi Silia pour les obligations *certæ pecuniæ* tenait au respect des traditions, était un vestige de la procédure *per sacramentum* qu'elle remplaçait.

On en a donné d'autres motifs qui sont à eux seuls insuffisants. J'indiquerai seulement le principal mis en avant par Ihering (1). Elle aurait été un moyen pour le demandeur de faire rentrer en ligne de compte l'intérêt qu'il avait à obtenir remboursement de sa créance à tel jour fixe. D'ordinaire, pour arriver à ce but, on joignait au contrat une stipulation de peine pour le cas de retard; mais ici le demandeur, quoiqu'il eût intérêt à recevoir en temps opportun la restitution de son capital, devait renoncer au moyen de la peine conventionnelle, car du moment qu'il s'agissait d'argent, il fallait se tenir dans les limites du taux de l'intérêt prévu par les lois (2). S'il en avait été autrement toutes les lois restrictives de ce taux auraient été illusoires; le créancier se serait fait promettre le montant des intérêts légaux et il aurait en sus stipulé ce qu'il aurait voulu à titre de peine conventionnelle. Celle-ci étant donc dénuée d'efficacité, le législateur, dit Ihering, dut intervenir et il créa la *sponsio tertix partis*, alors que le défendeur niait sa dette et amenait ainsi un procès; de cette façon, ajoute-t-on, les Romains don-

(1) *Esp. du dr. rom.*, t. II, p. 115.

(2) L. 44, D., XXII, 1; L. 13, § 26, D., XIX, 1.

naient satisfaction à leur esprit d'égalité et à la manière dont ils l'avaient comprise. Toute individualisation leur répugnait par crainte de l'arbitraire ; dès lors, ils ne laissaient aucune latitude à l'appréciation personnelle du juge dans la fixation des dommages et intérêts (1). On les estimera d'une façon invariable d'après la valeur de l'objet dû. La *sponsio tertix partis* est née, dit-on, de cet esprit ; elle est une échelle uniformément suivie sans considération de personnes, elle est un moyen pour le demandeur d'obtenir satisfaction dans ses intérêts.

C'est probablement en s'inspirant des mêmes idées et pour en tirer les conséquences logiques, que Rudorff Puchta et Schirmer (2), soutiennent que la *sponsio* intervenant au profit du demandeur n'était pas suivie d'une *restipulatio* dans l'intérêt du défendeur s'il triomphait. Mais lorsque fut établi le système formulaire, une double promesse intervenait et quel que fût le gagnant, il y avait droit : ce qui enlève au système d'Ihering sa portée. Il faudrait, pour s'y rallier, nier qu'au début il en ait été ainsi, mais ce n'est pas croyable à cause de l'influence du *sacramentum* qu'on imitait : au lieu de l'enjeu fourni par chaque partie, il devait y avoir deux promesses (*sponsiones*) en sens contraire.

(1) Ihering, *Esp. du dr. rom.*, t. I, p. 95.

(2) Rudorff, sur Puchta, § 162 ; Schirmer, *Stipul. jud. solvi*, p. 14.

Quoi qu'il en soit, la procédure *per sponsionem*, créée sous les *legis actiones*, en même temps que la *condictio certæ pecuniæ* s'y conserva pendant la période formulaire, encore qu'elle n'eût plus les mêmes raisons d'être. Le respect des traditions y contribua beaucoup sans doute, et puis sa présence se concevait en logique; lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent que le demandeur réclame, il n'y a pas d'évaluation à faire, tout est indiqué dans le contrat; le défendeur ne peut contester le *quantum*, il n'a que la possibilité de nier la dette; l'a-t-il fait à tort, il subira la peine de la *sponsio*. S'il s'agit, au contraire, d'un *incertum* ou même d'une *res certa* autre que de l'argent, les condamnations étant pécuniaires à Rome, il y a à faire une estimation de l'objet réclamé; les parties à son endroit pouvaient être légitimement en désaccord: il y aura alors exemption de peine pour le perdant.

Reste maintenant un dernier point à examiner pour se rendre compte de l'importance de la *sponsio tertix partis*: dans quels cas avait lieu la *condictio certæ pecuniæ*?

Elle résulte d'abord du *mutuum* à moins qu'il ne s'agisse d'un prêt de denrées. C'est là son domaine naturel, si bien que M. de Savigny a donné le *mutuum* comme origine de la *condictio* (1). Mais la loi Silia qui

(1) Les textes, dit-il, rapprochent souvent les mots de *pecunia certa credita* et de *condictio*. Telle est la rubrique du titre I, liv. XII du Digeste, *De rebus creditis si certum petetur*

a créé la *condictio* avait un domaine plus large ; la réclamation d'une somme d'argent déterminée peut provenir d'une stipulation, d'un contrat *litteris* ou d'un legs *per damnationem*. M. de Savigny a essayé vainement de faire dériver ces institutions du *nexum*, et par là du prêt.

Cela dit, il faut encore aller plus loin : le demandeur peut, à la suite de n'importe quel contrat, intenter une *condictio certæ pecuniæ* en faisant, à ses risques et périls, l'estimation en argent de ce qu'il réclame à son adversaire (1). La question est vivement controversée et sans vouloir la traiter à fond, il faut en dire quelques mots. La théorie que je soutiens a pour base un texte d'Ulpien (2) : « Certi condictio competit ex omni causa, « ex omni obligatione ex qua certum petitur sive ex « certo contractu petatur, sive ex incerto. » Toutes les actions contractuelles ne sont pas toutes des *condictiones*, et Ulpien ne veut pas dire qu'elles sont la suite nécessaire et exclusive de toute obligation contractuelle. Sa pensée, ainsi que l'explique Stéphane aux Basiliques, dans une scolie correspondant à notre texte (3), est que le créancier peut toujours à son gré *et de condictione* ; et puis, il y a dans le *mutuum*, un abandon de la propriété fait avec confiance ; une sanction très énergique (*condictio* avec *sponsio*) doit être la compensation de cet abandon.

(1) Accar., t. II, p. 1150.

(2) L. 9, pr., D., XII, 1.

(3) Basiliq., scol. 23, 1, 9.

préciser la somme qu'il croit lui être due et agir par la *condictio certæ pecuniæ*. On a imaginé une autre explication : Ulpien voudrait dire seulement que dans tous les contrats, il peut se présenter des faits de nature à transformer l'action du contrat et lui substituer une *condictio*; et ces faits seraient des cas d'enrichissement sans droit. Ainsi un sac d'écus cacheté a été remis à un dépositaire. Le cachet a été brisé et l'argent s'est confondu avec celui du dépositaire qui s'est enrichi : alors la *condictio sine causa* est possible : c'est d'elle qu'Ulpien voudrait parler. Mais cette explication ne ressort pas naturellement du texte comme la précédente, laquelle au surplus est corroborée par d'autres textes. « Celui qui après avoir agi *mandati*, dit encore « Ulpien (1), agirait plus tard *de eadem re* par voie de « *condictio*, serait repoussé par l'exception *rei judicæ*. »

De même Paul nous dit que les actions *mandati*, *negotiorum gestorum*, *pro socio*, une fois éteintes par l'intervention du serment, ne pourraient faire l'objet d'une *condictio certi* fondée sur les mêmes causes (2). Que signifieraient ces deux décisions, si le créancier n'avait pas le droit de choisir entre l'action qui résulte de son contrat et la *condictio certæ pecuniæ*.

En choisissant cette dernière, le créancier ne doit

(1) L. 5, D., XLIV, 2.

(2) L. 28, § 4, D., XII, 2.

pas aggraver la condition de son débiteur; de là si le contrat, source de son droit, est un contrat de bonne foi, il doit dans l'évaluation de ce qu'il réclame tenir compte des causes qui diminuent la créance. De là encore, selon M. Accarias (1), elle n'est pas admissible lorsque l'obligation a pour objet un corps certain, à moins qu'il n'ait péri par un dol ou par une faute dont le contrat impose la responsabilité au débiteur. Décider autrement, ce serait admettre que le créancier peut changer l'objet de la dette. Mais en dehors de ces cas le créancier pourra toujours employer la *condictio certæ pecuniæ*. Il court ainsi les risques de la *plus petitio*, mais il gagne, en revanche, la *sponsio tertix partis*.

Une dernière preuve de la théorie que je soutiens est fournie par Cicéron dans deux passages différents. Et d'abord, dans son plaidoyer pour Roscius les faits de la cause étaient les suivants : Fannius, Cherea et Roscius s'étaient associés pour élever un esclave et celui-ci avait été tué par un certain Flavius, lequel poursuivi par Roscius, lui avait remis un immeuble par transaction. Fannius, en sa qualité d'associé, pouvait intenter l'*actio pro socio* afin de prendre sa part de bénéfice dans l'immeuble; au lieu de cela, il intente une *condictio* demandant à Roscius la moitié de la valeur du bien à lui transmis. Et Cicéron ne conteste pas le procédé suivi, il ne s'attaque pas à la procédure; il se

(1) Accar., t. II, p. 1152.

borne seulement à prouver que le droit de Fannius n'est pas justifié.

L'autre passage de Cicéron a été cité souvent (1). Il s'agit d'une demande en reddition de compte de tutelle qui était portée en justice. Devant le prêteur Crassus, plaidaient deux avocats dont l'ignorance maladroite provoque la colère et l'hilarité du jurisconsulte Scævola. L'un, avocat du pupille, prodigua ses efforts pour faire courir à son client le risque de la *plus petitio*; l'autre discourut longuement pour empêcher son adversaire de se perdre et pour exposer son client à l'infamie qu'entraîne l'action *directa tutelæ*. La question agitée dans cette affaire consistait évidemment à savoir quelle action serait délivrée; l'avocat du pupille demandait une *condictio certæ pecuniæ*; l'avocat du tuteur plaidait pour la délivrance de l'action *directa tutelæ*: la discussion suppose la faculté de choisir entre les deux actions.

La *condictio certæ pecuniæ*, et par suite la *sponsio tertiar partis*, eurent donc un rôle important à l'époque classique. Disons pourtant qu'elle ne s'imposait pas dans la *condictio certæ pecuniæ*, elle était facultative pour les parties (2).

(1) Cic., *Deorat.*, I, 36.

(2) Gaius, IV, § 171.

CHAPITRE IV

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM DANS L'ACTION DE PECUNIA CONSTITUTA

Nous allons nous trouver ici en face d'une foule de points douteux et de conjectures. La faute en est pour une grande part à Justinien qui a tronqué, altéré et supprimé une grande quantité de textes. Et puis cette matière se trouve être uniquement l'œuvre de la jurisprudence ou de la coutume : de là les opinions ont pu varier suivant les époques ; bien plus, au même moment, les jurisconsultes ont pu se trouver en désaccord sur une foule de points, ce qui enlève une partie de leur portée aux textes qui nous sont parvenus et qui ne vont plus se présenter que comme l'expression d'opinions individuelles (1).

Il y a constitué lorsqu'une dette soit civile, soit prétorienne, soit naturelle, existant déjà, le débiteur ou une autre personne fait la promesse de la payer à

(1) Flurer, *Thèse de doct.*, an. 1874, t. XXIII.

jour fixe, promesse qui n'intervient pas dans les formes de la stipulation. Dans ce cas le créancier, s'il n'y a pas paiement au jour dit, est muni d'une action par le prêteur : car refuser le paiement dans ces conditions c'est agir avec mauvaise foi d'une façon particulièrement grave; et puis les nécessités du commerce veulent qu'on s'écarte ici du formalisme ordinaire.

Cette action fut créée, ai-je dit, par le prêteur; et ceci explique l'agencement des textes du Digeste. On sait, depuis les travaux remarquables de M. Blume (1) qu'ils sont groupés dans chaque titre en trois séries qu'on désigne par leur caractère le plus saillant, sous le nom de série de Sabinus, série de l'édit, série de Papinien; or on remarque que dans ce titre du *constitut* la série sabinienne est réduite à rien, celle de Papinien est très peu importante, tandis que tous les textes sont pris dans les commentaires de l'édit. C'est que l'institution étant prétorienne devait y avoir été étudiée de préférence.

A quelle époque précise le *constitut* fut-il établi? On ne sait au juste; ce qui est certain, c'est qu'il existait sous Labéon et même auparavant sous Cicéron. Voulait-on l'invoquer en justice il était nécessaire de commencer par une *sponsio penalis* émanée du demandeur que le défendeur ne pouvait écarter et qu'il faisait suivre en sa faveur d'une restipulation.

(1) Ordre des fragments dans les tit. du Dig.

La preuve de la *sponsio* nous est fournie par Gaius (Com. IV, § 171). Cicéron peut être aussi invoqué en ce sens, quoique moins précis, dans son discours pour Quinctius : C. Quinctius devait à Scapula une certaine somme ; débiteur et créancier étant morts, P. Quinctius, frère du premier, transigea avec les héritiers du créancier sur le conseil d'un certain Nævius. Celui-ci lui avait promis de l'argent quand il en aurait besoin ; grâce à cette assurance P. Quinctius avait fait un constitut avec les héritiers de Scapula *quasi nummos haberet ita constituit Scapulis se daturum* (1). Mais au jour dit Nævius refuse l'argent ; de là, dit Cicéron, les plus vives inquiétudes de P. Quinctius. La cause en était sans doute aux risques qu'il courait avec la *sponsio*. --- Cette *sponsio*, au temps de Gaius, était facultative : le créancier pouvait l'écarter ; c'était son avantage s'il n'était pas sûr du gain de son procès : en effet, la *restipulatio* l'exposait à un péril. Or si l'on réfléchit aux nombreuses controverses qui s'élevaient entre les jurisconsultes sur la validité d'un grand nombre d'applications du constitut, aux hésitations qui accompagnaient chaque progrès nouveau, on comprend qu'un créancier même de bonne foi ne fût pas toujours sûr de triompher : de là la *sponsio* dut n'être pas très usitée.

Quels ont été les motifs de cette *sponsio* ? On en a donné plusieurs, et chacun d'eux, sans être décisif, eut son importance dans l'esprit des Romains.

(1) Cic., *Pro Quinct.*, 3 et 5.

On voulut être sûr que les parties n'engageaient pas le procès à la légère, alors surtout qu'il ne restait aucune trace matérielle du contrat qui en était la base et qui n'avait besoin pour se conclure de l'accomplissement d'aucune formalité. Et si la prétention du demandeur était fondée, on trouva bon, par l'intermédiaire d'une *sponsio penalis*, de réprimer la mauvaise foi du débiteur qui, après avoir promis de payer à telle époque, laissait passer le terme fixé et refusait de s'exécuter sous prétexte qu'il n'était tenu d'aucune action. Sa résistance devait être énergiquement punie et, comme dit Aulu-Gelle (1) « *fidem majores nestri non solum in officiorum vicibus sediu negotiorum quoque con-* »
« *tractibus sanxerunt maxime que in pecuniæ mutua-* »
« *ticæ usu atque commercio.* » Et ce texte nous explique comment le constitut n'eut pour objet que de l'argent à l'époque classique. C'est qu'on accordait à Rome une importance particulière aux prêts d'argent et à toute opération qui avait pour objet un déplacement de valeur : ce fait ne doit pas étonner si on réfléchit à la scrupuleuse exactitude des Romains.

Une autre raison de faire intervenir ici la *sponsio* était la nécessité de donner une base à la formule qu'on allait délivrer aux parties. Elle n'avait pas, en effet, sa cause dans le *jus civile*, créée qu'elle était par le prêteur; aussi celui-ci, pour former un lien de droit obligatoire

(1) *Nuits attiq.*, XX, 1, 39 et 41.

entre les parties, autorisait le demandeur à interroger le défendeur qui était tenu de répondre, et de se faire promettre *dimidiam partem*, s'il gagnait son procès.

Enfin les règles établies pour l'action *certæ pecuniæ* que j'ai exposées au chapitre précédent exercèrent une influence et furent sans doute un des motifs les plus puissants pour créer une *sponsio*. Qu'est-ce en effet que le constitut, sinon une garantie nouvelle ajoutée à la *condictio certæ pecuniæ*? Avec elle le créancier pouvait exiger le paiement d'une somme ; mais il n'était pas sûr de l'avoir à tel jour donné ; il acquerra cette certitude avec le constitut qui a ainsi pour résultat de rendre plus stricte l'obligation du débiteur. De là, s'il ne s'exécute pas, la faute est plus grave et le taux de la *sponsio*, au lieu de rester celui qu'on avait fixé pour la *condictio certæ pecuniæ*, s'accroît et devient *dimidix pactis*.

Cette analogie que je relève entre la *condictio certæ pecuniæ* et le constitut ne doit pas induire en erreur, et faire croire que le constitut a pour unique origine la *condictio certæ pecuniæ* dont elle aurait été le complément dans l'intérêt du créancier. On l'a soutenu, et on a fait remarquer en reconstituant les fragments de l'édit, que la théorie du constitut suivait immédiatement celle de la *pecunia certa credita*. On ajoute que Gaius les rapproche dans ses textes et qu'à l'origine le constitut dut porter exclusivement sur des sommes d'argent.

L'inconvénient de cette opinion, c'est de vouloir repousser pour le constitut toute autre origine et de se heurter à Justinien (1) et à Théophile qui sont formels, pour affirmer que le constitut fut inventé par imitation du *receptum* usité dans les rapports des banquiers et de leurs clients, lequel avait pour objet un ou plusieurs paiements que les banquiers s'obligeaient à faire et où aucune formalité n'était nécessaire dans la convention pour donner naissance à l'action. Sans doute, les différences sont nombreuses (2). Mais tout exactes qu'elles sont, elles n'empêchent pas l'analogie ; dans les deux cas l'engagement s'est formé en l'absence de solennités.

Du reste, pourquoi vouloir attribuer au constitut une origine exclusive, le faire dériver uniquement de la *condictio certæ pecuniæ* : ce qu'il faut dire, c'est qu'elle a eu à côté du *receptum* son influence sur sa formation

(1) L. 2, C., IV, 48 ; Inst., § 8, *De act.*, liv. IV, tit. VIII.

(2) Le premier peut s'appliquer à tout objet, l'action qui en résulte est perpétuelle, ce qui n'a pas lieu dans le second ; je m'expliquerai tout à l'heure sur ce dernier point. Il est vrai encore que l'action *receptitia* ne suppose pas une dette préexistante du client vis-à-vis de son banquier ; mais il faut s'entendre, et ne pas dire que le banquier va promettre ce qu'il ne doit pas ; il y a avec celui qui lui donne les ordres des relations de compte courant ; il est censé avoir reçu provision à raison de ce compte courant, et pour ce motif, il ne peut refuser de payer pour son client qui a un compte ouvert chez lui ; inutile qu'il ait à son égard une dette fixe, déterminée.

et peut-être même n'y a-t-il pas là ses seules sources, car on a parlé du contrat *litteris* dont il aurait été une simplification.

Donc, contrat *litteris*, *condictio certæ pecuniæ*, *receptum*, autant d'institutions qui ont été l'origine du constitut : chacun a eu sa part d'influence, a fourni quelques éléments, et c'est sans doute de la *condictio certæ pecuniæ* qu'est venue la *sponsio dimidiæ partis*.

Cette *sponsio*, comment avait-elle lieu? On se demande si elle embrassait le montant de l'obligation principale. Le demandeur disait-il à son adversaire : si 100 *constitueris* 150, *dare spondies*? Ou bien au contraire la *sponsio* ne portait-elle que sur la *dimidia pars*, de sorte que le prêteur aurait délivré trois formules : les deux premières à raison de la *sponsio* et de la *restipulatio*, la troisième conçue *in factum*, basée sur le constitut, et dont la *condemnatio* serait *incerta* car elle aurait pour but de réparer le dommage causé par l'inexécution. — Bruns se range à cette dernière opinion se fondant sur quelques passages douteux de Gaius et tirant argument de ce qui se passe au cas d'interdit.

La preuve, a-t-on dit, que la *sponsio* ne porte pas sur l'obligation principale, n'absorbe pas l'objet du contrat, c'est que l'action *ex sponsione* qui en résulte est une action contractuelle et partant perpétuelle et transmissible. Or, aux premiers temps du constitut — nous allons le voir — on s'est demandé si l'action n'était pas

annale et intransmissible : la controverse ne s'expliquerait pas si la *sponsio* englobait le montant de la dette. Mais on peut répondre que la *sponsio* se faisait *in jure*, presque au moment même où avait lieu la *litis contestatio* qui eut toujours cet effet de rendre perpétuelle l'action intentée quelle qu'elle fût. La question de l'annalité se posait avant qu'on engageât la *sponsio* pour savoir s'il était encore temps d'agir.

Ce motif étant écarté, il se présente une raison plus sérieuse. Pour ceux qui admettent que la *stipulatio debiti* entraînait novation par la seule prononciation de la formule et abstraction faite de l'intention, au moment où le juge constatant qu'il y avait eu constitut réalisait par là les conditions de la *sponsio*, il y avait novation à supposer que cette *sponsio* portât sur l'objet du constitut et il en résultait la disparition des sûretés qui prouvaient l'exécution du constitut : c'était un grand inconvénient ; il était évité avec l'opinion qui met en dehors de la *sponsio* la dette, objet du constitut.

J'arrive maintenant à l'une des questions qui mettent en jeu la nature du constitut. On s'est demandé si l'action qui en résultait n'était pas pénale. Pour le prouver on a mis en avant — et voilà pourquoi je suis amené à traiter ce point — la présence de la *sponsio dimidiæ partis*. C'est une erreur que de lui donner ici une importance ; l'intervention de la *sponsio* n'a pas cette signification, elle n'est considérée que comme un accessoire de l'action principale : aussi la *condictio certæ*

pecuniæ n'est pas une action pénale, on ne l'a jamais prétendu. Si la question s'est posée pour le constitut, c'est à cause de son caractère primitif.

Le constitut est une promesse non solennelle de payer à jour fixe une somme déterminée. Tel est le sens technique du mot *constituere* qui veut dire, *stricto sensu*, convenir d'une opération à accomplir tel jour, en tel endroit, ou encore convenir d'une date ou d'un lieu pour l'accomplissement d'une obligation déjà arrêtée (1). Cette idée de paiement à une époque déterminée était si importante, que si on avait oublié une date on sous-entendait un *modicum tempus* de dix jours. De là, si le paiement à l'échéance n'était pas effectué, il n'y avait pas seulement un retard mais inexécution de la convention ; c'était un avantage par rapport aux obligations ordinaires résultant d'une stipulation. Une personne a stipulé qu'une somme lui serait fournie le 1^{er} janvier ; ce n'est pas fait ; le créancier a une action, mais si le débiteur s'exécute avant la *litis contestatio* ou *pendente judicio* il n'encourra pas de condamnations, il ne devra pas de dommages-intérêts (2).

(1) Loi des Douze Tables, table II, § 4.

(2) C'est en ce sens qu'est décidée généralement la question controversée de savoir quels sont les effets d'une satisfaction reçue par le demandeur *pendente judicio*. S'il s'agissait des actions de bonne foi ou des actions arbitraires, il n'y eut jamais de difficulté ; dans les unes, parce que la bonne

Y a-t-il eu un pacte de constitut, le payement après l'échéance n'aura plus l'effet d'entraîner une absolution; ce pacte n'était intervenu que pour faire fixer un jour, il y a inexécution. De là, résulte qu'en somme, il ne pouvait jamais y avoir lieu à une action pour demander l'exécution du constitut. Avant l'échéance fixée on n'avait aucun droit et après l'échéance, il était trop tard pour parler d'exécution, on ne pouvait que demander des dommages et intérêts.

Voilà pourquoi on lit dans Ulpien : « Hac verba præ-

foi répugne à ce qu'il y ait condamnation lorsque le défendeur a fait ce qu'il devait; dans les autres, parce que la clause *nisi restituat* comprend aussi bien la restitution volontaire que la restitution fournie sur l'ordre du juge.

Mais s'il s'agissait d'action de droit strict, il y avait controverse entre les Sabinien et les Proculien, les premiers se prononçant pour l'absolution nécessaire, et les autres s'y opposant, car en exécutant l'obligation primitive après que la novation par la *litis contestatio* avait eu lieu, il n'y avait pas satisfaction véritable. Mais alors les Proculien donnaient au défendeur pour reprendre ce qu'il avait donné, soit la *condictio sine causa*, soit l'exception de dol lorsque le demandeur voulait faire exécuter la condamnation (L. 23, § 3, D., XII, 6). La controverse se rattachait aux idées qu'on avait à Rome sur les effets de la *datio in solutum*, à la question de savoir si elle opérait *ipso jure* (c'était la théorie sabinienne) ou seulement *exceptionis ope*, car il y avait ici novation résultant de la *litis contestatio*, et l'exécution de l'obligation primitive était une *datio in solutum*. L'opinion proculienne était la plus logique (L. 3, pr. D., XXXIX, 4). Mais la théorie sabinienne a fini par prévaloir (v. § 2, aux Instit, liv. IV, tit. II).

« toris, neque fecisse reum quod constituit, utrum ad
« tempus constituti pertinent an vero usque ad litis
« contestationem trahimus, dubitare potest? Et puto ad
« tempus constituti ». Ainsi du temps d'Ulpien on ad-
met encore que la base de la réparation, le préjudice
que l'on apprécie, c'est l'inexécution à la date fixée par
le constitut. Et la même idée est exprimée par Ulpien
dans un autre passage (1) ; il faut se reporter à la situa-
tion telle qu'elle existe au jour du constitut *puto hæc
ad diem constituti referenda*.

Voilà pourquoi la *mora* n'avait pas à intervenir ici :
elle est un retard dans l'exécution, régulièrement
constatée et produisant certains effets. Son application
ne se concevrait pas ici, car le constitut a pour but de
ménager un paiement à jour fixe et lorsque la date est
passée il y a inexécution, sur laquelle on ne peut re-
venir après coup. Pourquoi en était-il ainsi? On vou-
lait une certitude, avoir dans les mains comme une
lettre de change et ce caractère explique pourquoi le
contrat portait exclusivement sur la *pecunia*. Une
somme d'argent, l'échéance passée, n'a plus sa valeur ;
elle devait servir tel jour à payer une traite ; quant aux
autres objets livrés quelques jours plus tard ils conser-
vent leur prix.

Mais ce caractère originaire du constitut disparut
avec le temps. On le détourna, à l'époque classique, de

(1) L. 48, pr., D., XII, 5.

son but primitif pour le faire servir à d'autres usages. On l'employa pour nover une obligation antérieure, pour donner la vie à une obligation naturelle ; la désignation d'un jour perdit son utilité, le seul but étant de faire naître une action là où elle faisait défaut. Dès lors, il n'y eut plus à parler d'action pénale tendant uniquement à des dommages et intérêts ; le paiement tardif pourra avoir lieu (1) et l'action qui est intentée devient *rei persecutoria*, tend à l'exécution du contrat.

L'utilité première pourra subsister dans certains cas et là les anciens caractères persisteraient ; mais ils ne sont plus essentiels à la conception du constitut (2). On comprend alors que sous Justinien le constitut, au lieu de s'appliquer exclusivement aux choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent (*pecunia*) puisse porter sur toutes sortes d'objets.

Ces détails étaient nécessaires pour montrer la nature de l'action résultant du constitut et faire voir comment, de pénale qu'elle était à l'origine, elle est devenue *rei persecutoria*. La *sponsio* n'est pas à considérer pour lui donner ou non le caractère pénal : il n'y a pas à dire qu'elle était une évaluation à forfait des dommages-intérêts et que le créancier pouvait user ou non de la *sponsio*, suivant que le préjudice causé était infé-

(1) L. 17, D., XIII, 5.

(2) 18, § 2, D., *eod. lib. et tit.*

rieur ou supérieur à la moitié de la somme promise par constitut (1).

S'il en était ainsi on ne s'expliquerait pas la *sponsio* à l'égard du défendeur et puis ce n'est pas la présence de la *sponsio* qui amène l'appréciation du préjudice causé ; il est pris en considération à raison de la nature intime de l'action intentée.

(1) Bruns, *Zeitschrift für recht geschichte*, t. I, p. 4861.

CHAPITRE V

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM DANS LES INTERDITS

§ 1. *De la distinction des interdits en interdits prohibitives, restitutoires et exhibitoires.*

Les interdits, pour en donner la définition la plus générale, consistèrent dans une intervention spéciale du magistrat (1) qui, dans certains cas, imposait son autorité pour mettre fin aux contestations : tel est au surplus le langage de Gaius (2). Ils furent donc des ordres ou des défenses adressées à une personne, en vue de faire cesser un trouble ou d'en empêcher la naissance; de là les interdits s'offrent toujours à nous avec un caractère personnel (3), alors même qu'ils se présentent *in rem concepta* sans désigner quelqu'un que l'ordre atteigne, car l'ordre abstrait ne prend vie, n'engendre

(1) D'ordinaire c'était le prêteur ou le *praeses provinciae*.

(2) Gaius, Com. IV, § 139.

(3) Machelard, *Des interd.*, *Rev. crit.*, t. XXIV, p. 349.

une obligation qu'à la condition de s'adresser à un individu qui s'est mis en situation d'encourir l'application de cet ordre.

Ces quelques mots suffisent à faire voir de suite que l'interdit diffère dans la forme de l'action ordinaire. Quand il accorde une action, le préteur s'adresse au juge pour l'autoriser à condamner ou à absoudre. Ici, au contraire, il s'adresse aux parties intéressées, à l'une d'elles ou même aux deux à la fois, selon les cas.

Une fois l'interdit rendu, il deviendra la base d'une procédure ordinaire qu'il aura servi à préparer, et c'est comme élément de cette instance que nous allons trouver la *sponsio*. Nous aurons à marquer son rôle; mais disons dès à présent qu'elle a été la cause d'une division des interdits. On distingue les interdits prohibitifs, restitutoires ou exhibitoires et l'intérêt de la classification consiste dans ce fait, qu'à l'époque classique, la procédure *per sponsi nem* était obligatoire pour les premiers tandis qu'elle était simplement facultative pour les autres. Cette division nous est indiquée par Gaius et c'est selon lui la principale (1).

On appelle interdit prohibitif celui qui contient une défense; et celui qui contient un ordre s'appelle restitutoire ou exhibitoire, selon l'objet de cet ordre. Leur caractère se révèle toujours par la formule dont use le préteur; il réserve pour les interdits prohibi-

(1) Gaius, IV, § 142; Inst., liv. IV, tit. XV, pr.

toires les mots *rem fieri veto* ou *veto, ne facias*, ces mots étant précédés ou suivis de l'acte prohibé, et il emploie à propos des interdits restitutoires ou exhibitoires les expressions *restituas* ou *exhibeas*.

Avant d'insister sur la mise en œuvre des *sponsiones* dans les interdits, et pour bien comprendre leur rôle important, il faudrait savoir quels ont été au juste les interdits prohibitaires, car pour eux, je l'ai dit, la procédure *per sponsionem* ne pouvait être écartée. Mais cette énumération est faite par tous les auteurs, je ne la répéterai pas (1). Ils avaient trait à la protection d'intérêts très divers : ils assuraient, par exemple, la liberté des sépultures (1 pr. et § 5 ; D., XI, 8), la liberté de la voie publique (Dig., liv. XLII, tit. I, VI et VII), la navigation des fleuves (Dig., XLIII, tit. XII, XIII, XIV et XV). Ils avaient, enfin et surtout, leur domaine dans le droit privé. On y retrouve, sans parler de quelques cas peu importants (2), la plupart des interdits possessoires et ceux surtout qualifiés par les textes *retinendæ possessionis*, je veux dire les interdits *uti possidetis* et *utrubi* qui s'appliquent au cas d'une contestation sur la possession des immeubles ou des meubles. Ces indications sommaires suffisent à prouver l'importance

(1) Bonjean, *Des actions*, t. II, p. 354 et s.

(2) Interdit *de arboribus cædendis* (XLIII, 27) ; int. *de glande legenda* (XLII, 28) ; int. *ne vis frat ei qui in possessionem missus est* ; int. *de aqua excastello* (L. 38, Dig., XLIII, 20) ; int. *de migrando* (XLIII, 32).

pratique de la procédure *per sponsionem* dans les interdits. Nous allons l'étudier à l'époque classique telle que Gaius (4) nous la présente, sauf à revenir ensuite sur ses origines.

§ 2. *Du rôle de la sponsio et de son influence dans la procédure des interdits à l'époque classique.*

Les parties en contestation sont venues *in jure* devant le magistrat, et le demandeur a sollicité l'obtention d'un interdit en exposant les faits; le préteur immédiatement *de plano* ou après une *cognitio causæ*, c'est-à-dire un examen des circonstances, fait droit à la demande. Cette *cognitio* précédant la délivrance de l'interdit avait lieu souvent alors qu'on ne se trouvait pas tout à fait dans la situation où l'interdit s'appliquait; elle était amenée aussi par la nature de certains interdits, ou parce que le défendeur, pour résister à la prétention de son adversaire, mettait en avant telle ou telle exception.

Quoi qu'il en soit, nous supposons l'ordre ou la défense du magistrat intervenu. Le défendeur n'y obtempère pas, ce qui est le plus fréquent, soit qu'il se flatte n'être pas dans les conditions de l'interdit, soit parce

(4) Gaius, Com. IV, §§ 161 à 170.

qu'il est de mauvaise foi. Il va falloir établir l'inobservation dans une instance, et cette instance sera justement une procédure *per sponsionem*, car elle est obligatoire dans les interdits prohibitifs, et il faut dans les interdits restitutoires ou exhibitoires que le défendeur ait au début pris soin de l'écarter pour qu'on s'en passe.

Comment sera-t-elle organisée? Le demandeur provoquait son adversaire par une stipulation. Si, malgré l'édit du préteur, vous accomplissez tel fait, vous ne restituez ou n'exhibez pas, me promettez-vous telle somme : voilà la *sponsio*; et sa présence fait dire qu'on plaide *cum periculo*; car, outre la condamnation que le défendeur devra encourir à cause du dommage causé, il perdra le montant de sa *sponsio*, qui est ici *penalis*.

Ayant ce caractère, elle est réciproque. Le défendeur adresse, de son côté, au demandeur, une stipulation, dont Gaius n'indique pas les termes, mais qui devait être : Si vous réclamez à tort mon abstention, la restitution ou l'exhibition, me promettez-vous telle somme? C'est la *restipulatio*. Ensuite chacune des parties procédait à l'*editio actionis* (1), c'est-à-dire demandait la formule correspondant à la stipulation qu'elle avait faite, c'est-à-dire la formule d'une *condictio certi ex stipulatu*.

(1) Gaius, Com. IV, § 164.

La présence de cette *sponsio*, au début du procès, avait une influence sur tout le reste du débat. Elle rendait nécessaire une autre formule jointe (1) à celle qu'obtenait le demandeur, relative à l'objet du litige, à sa restitution, son exhibition, ou à la réparation du dommage causé par la contravention à la défense pour le cas où le vainqueur triompherait dans sa *sponsio*. Cette action s'appelait *judicium secutorium*, parce que ses résultats dépendaient de l'issue des actions engagées sur les *sponsiones*.

Ainsi le procès se présentait sous la forme d'une double action personnelle, d'une double *condictio* : d'une part, *si paret N. Negidium* (c'est le défendeur de l'interdit), *A. Agerio* (défendeur), *centum dare oportere centum condemna, ni paret absolve* ; d'autre part, *si paret A. Agerium, N. Negidio centum dare oportere, centum condemna, ni paret absolve*.

Ainsi on masquait le procès réel sous un procès fictif : les parties se doivent-elles le montant de la *sponsio* ; mais cette *sponsio* était elle-même conditionnelle ; il fallait examiner le fond du procès, la question nais-

(1) Bonjean, *Des actions*, t. II, p. 429, note 2, fait observer que le texte de Gaius laisse incertain le point de savoir si la question de la restitution était posée au juge dans une action distincte, ou si elle se présentait sous la forme d'une pure addition à la formule naissant de la *sponsio*. L'auteur ajoute avec raison que la chose est de peu d'importance ; il est certain qu'en tout cas, les deux questions étaient simultanément soumises au même juge.

sant de l'interdit. Les juges ou les *recuperatores* avaient à trancher le débat.

Le juge se décidait-il en faveur du demandeur, il condamnait N. Negidius, le défendeur, à verser le montant de sa *sponsio* et, en outre, il le condamnait à restituer ou exhiber : statuant ensuite sur l'autre formule accordée au défendeur, il prononçait l'absolution de son adversaire.

Les choses pouvaient encore se compliquer. Dans certains cas, l'interdit au lieu d'être adressé à l'une des parties que concernait seule l'ordre ou la défense, visait également les deux adversaires (1). Au lieu d'interdits simples, on se trouve en face d'interdits doubles. Et dans ce cas, chacun des plaideurs pouvait être condamné s'il y avait contravention. C'était là, disons-le en passant, une ressemblance avec les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*. Les interdits doubles furent assez rares : on ne connaît que les interdits *utrubi* et *uti possidetis* (2).

(1) La procédure double où chaque partie a les deux rôles, se retrouve dans les actions de la loi en matière d'action réelle (Gaius, IV, § 16).

(2) Il ne faudrait pas dire d'une façon absolue que dans tous les cas, l'interdit *uti possidetis* était double ; on avait fini, on le sait (L. 8, § 5, Dig., VIII. 4), par l'admettre au cas où une personne prétendait sur un fonds, un droit de servitude. Le possesseur du fonds qu'on prétendait grevé pouvait user contre son adversaire d'un interdit ; dans ce cas, l'interdit ne pouvait être double ; le possesseur du fonds servant réclame

Du reste, il faut remarquer qu'ils ne pouvaient être que prohibitives : on comprend, en effet, qu'on puisse faire en même temps une défense aux deux plaideurs et l'on concevait difficilement un ordre enjoignant à tous deux à la fois de restituer ou d'exhiber un même objet (1).

Avec cette forme de l'interdit double, on n'avancait pas la solution de la difficulté entre les contestants. Mais ce qu'on voulait c'était bien plutôt tracer une règle qui servit à guider ultérieurement le juge ; et puis il y avait cette autre utilité que l'un des plaideurs reconnaissant ne pas remplir les conditions de l'interdit,

la possession entière du fonds ; l'adversaire n'aspire qu'à la continuation des actes de la servitude, l'ordre du magistrat ne saurait donc être *uti possidetis alter ab alterutro eum fundum*. Le préteur ordonnera seulement de respecter la possession du demandeur ; si elle existe intégralement vis-à-vis de son adversaire, l'interdit sera simple.

A ce cas, peut-être, Gaius fait allusion (Com. IV, § 166), car on lit entre deux lacunes : *cum una inter res sponsio...*

Il peut paraître téméraire d'affirmer que cet interdit n'ayant pas la formule ordinaire de l'interdit *uti possidetis*, en ait gardé le nom. Mais l'interdit au fond avait le même but : maintenir intacte la possession d'un immeuble ; il était naturel, dans ces conditions, de prendre la qualification habituelle.

Les mêmes observations s'appliquent à l'interdit mentionné au Digeste (L. 3, §§ 4 et 9, *uti possidet*).

(1) Bonjean, II, *Des act.*, p. 366).

pouvait renoncer spontanément à ses prétentions pour se soustraire au danger des *sponsiones*.

Dans ce cas des interdits doubles, chacune des parties prétend à la possession et avoir droit par là au rôle de défendeur. Pour sortir d'embarras il fallait décider à qui serait la détention (1) pendant le litige : c'était le moyen d'éviter les rixes fâcheuses. Mais ce point n'était pas, comme dans l'*actio sacramenti*, laissé à la discrétion du magistrat qui devait se décider en faveur du droit le plus vraisemblable ; ici les parties intéressées elles-mêmes sont libres : le prêteur adjuge la détention à qui offre la somme la plus forte à son adversaire pour le cas où il perdrait son procès, bien qu'ayant conservé jusqu'au jugement la possession de l'objet.

Il ne faut pas croire que le fait de la détention changeait le rôle des parties (2), chacune restait défendresse et demanderesse en vertu des termes de la formule. On aurait tort de penser, disent tous les auteurs que l'adjudicataire devenu possesseur était dispensé de faire une preuve à laquelle serait seul tenu son adversaire. Tout au plus, si celui qui a été vaincu sur la *licitatio* ne prouve pas son droit à la possession, son

(1) Je dis détention et non possession, comme les auteurs écrivent d'ordinaire, car il n'a que l'extérieur de la possession, et si son adversaire triomphe dans l'interdit, sa possession et son usucapion n'auront pas été interrompues.

(2) Machelard, *Des interd.*, *Rev. crit.*, t. XXIV, p. 433.

adversaire garde l'objet alors même qu'il ne ferait pas non plus preuve de son droit. Mais comme il n'a pas prouvé son droit à la possession, il doit payer à son adversaire la somme qu'il avait promise pour cette possession sur la *licitatio*, s'il ne faisait pas la preuve de son droit. Cette *summa licitationis* n'était pas la seule peine pour le possesseur provisoire s'il succombait; car, elle n'était pas un marché à forfait au sujet de la jouissance attribuant la propriété définitive des fruits à celui qui était ainsi possesseur (1). *Non pretium est fructuum*, comme dit Gaius; il y avait, en outre, pour celui qui l'avait emporté dans l'enchère, l'obligation de rendre les fruits en sus de la somme promise pour obtenir le droit de les percevoir, et cette restitution promise par stipulation (2) devenait l'objet d'une instance spéciale: *judicium cascellianum* (3) ou *secutorium*. Ces deux peines auxquelles était exposé le possesseur

(1) Gaius, Com. IV, § 167.

(2) Celui qui avait été vaincu sur la *licitatio*, n'était pas tenu d'adresser au vainqueur cette stipulation au sujet des fruits. — Dans ce cas, si ses droits à la possession avaient été reconnus, il pouvait se faire restituer les fruits par une instance spéciale dite *judicium secutorium*, mais non pas *cascellianum*. Gaius, IV, 166 et 169, prévoit les deux cas. On ne sait au juste ce qu'était ce *judicium*, mais certainement il n'intervenait que là où il n'y avait pas eu stipulation au sujet des fruits.

(3) Le nom vient sans doute du jurisconsulte Aulus Ascellius dont Horace a vanté le savoir (*Art poét.*, v. 371), et Pomponius, l'éloquence (L. 2, § 45, Dig., I, 2).

provisoire, devaient faire, sans doute, que le prix de la licitation était peu élevé. On courait, en effet, des risques sans grand profit; on n'avait guère que l'avantage d'empêcher les dégradations qu'aurait pu commettre son adversaire s'il avait eu la chose.

La possession provisoire ayant été mise aux mains d'une des parties, il intervenait la procédure *per sponsionem*; tout jusque-là n'avait été que préliminaire.

Chaque partie restant à la fois demanderesse et défenderesse était libre d'adresser à l'autre la stipulation pénale qu'on a vue dans l'interdit simple : « Me promettez-vous 100, si vous m'avez troublé contrairement à l'édit du prêteur » et chaque partie ayant répondu, faisait à son tour la *restipulatio* qu'on a vue : « Me promettez-vous 100, si c'est à tort que vous m'accusez d'avoir troublé votre possession. »

Ainsi quatre promesses successives : deux *sponsiones* et deux *restipulationes*, qui vont être la source de quatre formules. Ajoutons qu'il en intervient deux autres, à raison de deux promesses que nous avons vues dans le règlement de la possession provisoire; enfin, pour terminer, il y a l'instance relative à la restitution même de l'objet du litige.

Voilà le juge en présence de sept formules. Sa mission paraît difficile; mais la complication n'est qu'apparente : toutes ses décisions sont subordonnées à une seule et même condition; savoir, dans l'interdit *uti possidetis*, que j'ai choisi comme exemple, laquelle des

parties avait la possession juridique au moment où l'interdit a été rendu. Ceci posé, si le juge pense que le demandeur doit triompher, et si c'était son adversaire qui avait eu la détention provisoire, il prononce cinq condamnations contre le défendeur : condamnation sur la *sponsio* à lui adressée par le demandeur, condamnation sur la *restipulatio* à lui adressée également par le demandeur, condamnation représentant la somme offerte comme prix de la jouissance provisoire, condamnation à la restitution de l'objet, et à défaut à une somme égale à l'intérêt qu'avait le demandeur à ce qu'elle lui fût faite; ordre de restituer les fruits perçus, sinon condamnation à en payer la valeur (1).

En même temps intervenaient en faveur du demandeur deux absolutions, à raison des deux promesses qu'il avait faites pour répondre à la *restipulatio* et à la stipulation émanées du défendeur.

Si maintenant la partie qui triomphe avait eu la jouissance pendant l'instance de l'objet en litige, il y aurait en moins contre son adversaire trois condamnations, et il y aurait à la place en sa faveur trois absolutions à raison de la détention qu'il a eue. Cet enchaînement de formalités successives indiquées par Gaius, et toutes les complications qu'elles amènent suffisent à réfuter la théorie qui s'était fait jour au sujet des in-

(1) D'après Bonjean, *loc. cit.*, p. 435, il faut, en effet, penser que l'action cascélienne devait avoir la forme d'une action arbitraire.

terdits et qui affirmait pour eux l'existence d'une procédure rapide et sommaire. Je sais bien qu'il ne faut pas confondre la simplicité des formes avec la rapidité; il peut y avoir entre des actes de procédure peu nombreux des délais assez longs; mais la simplicité va d'ordinaire avec la célérité; elle en est du moins l'un des éléments, et il est impossible de dire ici en quoi consisterait la rapidité particulière de la procédure dont on a parlé.

Ces actes minutieux qu'on imposait aux plaideurs leur répugnaient souvent, et ils refusaient de s'y soumettre. Gaius le constate au § 170, commentaire IV. « Nonnulli, interdicto reddito, cetera ex interdicto « facere nolebant atque ob id non poterat res expe- « diri. » Que faire alors? Mais le manuscrit de Gaius est demeuré presque illisible, et bien des tentatives ont été faites. C'est Studemund (1) qui nous a fourni la restitution la plus complète : Dans cette situation, dit-il, « prætor prospexit et comparavit interdicta quæ « secundaria appellamus quod secundo loco reddun- « tur. » Qu'était-ce au juste que cet interdit? Il avait pour but de venir en aide à la partie lésée, dont l'adversaire se dérobaît, empêchant par là la procédure de continuer et l'instance d'aboutir. Mais quels étaient ses effets? Le manuscrit de Gaius n'a pas livré son secret.

(1) Institut. de Gaius, d'après l'apograph. de Studemund, par Ernest Dubois, t. II, p. 521.

Quand même, est-il dit, celui qui se dérobe aurait triomphé dans l'interdit *uti possidetis, etsi potuerit interdicto uti possidetis vincere*, et c'est tout. Mais la fin de la phrase devait dire qu'il perdait son procès dans l'*interdictum secundarium*, et Rudorff (1) croit par là que cet interdit était analogue à l'interdit *quem fundum* ou *quam hereditatem*, donné dans les actions réelles contre un possesseur qui ne se défendait pas (2).

Cette procédure que je viens d'analyser était, à l'époque classique, obligatoire dans les interdicts prohibitifs ; mais s'agissait-il des interdicts exhibitoires ou restitutoires, elle n'était plus inévitable mais simplement facultative. Gaius nous l'apprend (Com. IV, §§ 162 et suiv.) et le changement était déjà accompli sous Cicéron (3). Le défendeur pourra écarter les *sponsiones* ; mais cette faveur ne fut accordée qu'à celui qui était disposé à terminer promptement l'affaire. Aussi, avant d'avoir quitté le tribunal du magistrat lors de l'émission de l'interdit, il fallait solliciter la nomination d'un arbitre et par suite la délivrance d'une formule arbitraire (4) dans laquelle le juge ne condamnait qu'à défaut de restitution ou d'exhibition, et où il avait le pouvoir d'ordonner une satisfaction susceptible d'une exécution *manu militari* ; ce qui offrait d'ailleurs une

(1) Rudorff, sur Savigny, p. 688.

(2) *Frag. Vat.*, § 92.

(3) Cic., *Pro Tull.*, 53.

(4) Machelard, *Interd.*, *Rev. crit.*, t. XXIV, p. 358.

utilité indiscutable puisqu'il s'agissait, par exemple, de rétablir la circulation dans les rues ou de faire cesser la séquestration d'un homme libre.

Mais il fallait nécessairement demander un arbitre devant le magistrat alors qu'il accordait l'interdit ; sinon il était trop tard et le péril des *sponsiones* devenait inévitable.

Cette faculté de demander un arbitre, reconnue sans conteste au défendeur, existait-elle aussi pour le demandeur ? Bien des auteurs l'ont pensé ; je crois, au contraire, qu'elle est exclusivement réservée au défendeur (1). Gaius semble appuyer cette opinion ; il suppose au § 165 que c'est le défendeur qui fait la demande. On objecte que c'est le cas le plus fréquent, le demandeur ayant confiance dans son droit et se montrant disposé à tirer de sa situation le meilleur parti possible, mais qu'il peut en être autrement et on invoque le § 163, IV, de Gaius. « Le demandeur n'encourt aucune peine en poursuivant quelqu'un qui ne doit rien exhiber, ni restituer à moins qu'on ne lui oppose l'instance de chicane (*judicium calumniæ*) ». Et cette peine, on le sait, n'est pas une conséquence forcée de l'échec du demandeur, mais suppose qu'on a fait la preuve de sa mauvaise foi. Ainsi, dit-on, par rapport aux *sponsiones*, les deux parties sont sur un pied d'égalité ; ils peuvent y échapper l'un et l'autre ; seulement

(1) Accar., t. II, p. 435, 2^e édit.

le demandeur, alors même qu'il est dispensé de la *sponsio*, n'est pas assuré d'une exemption totale de peine, il a à redouter le *judicium calumniæ*, arme assez grave donnée contre lui puisqu'elle l'expose à payer un quart de l'intérêt pécuniaire en jeu dans le débat.

Mais dans quel cas cette situation se présente-t-elle ? Précisément lorsque le défendeur a demandé un arbitre. Le commencement du texte se réfère à cette hypothèse et la fin du texte s'en explique formellement, car elle suppose le *judicium calumniæ* demandé par le défendeur qui s'est fait attribuer un arbitre.

En effet, il avait existé, à ce propos, une controverse et Proculus (1) soutenait que le fait par le défendeur de solliciter un arbitre, emportait renonciation au droit d'invoquer le *judicium calumniæ*, le fait de demander un arbitre lui paraissant impliquer l'aveu qu'on s'est obligé à restituer ou exhiber. Son opinion ne fut pas reçue en pratique, et ce fut avec raison, car celui qui demande un arbitre veut diminuer ses risques plutôt qu'il n'avoue.

De là, dit-on, pour les jurisconsultes qui suivirent l'opinion de Proculus : refuser au demandeur la faculté d'exiger un arbitre, c'était supprimer en matière d'interdit le *judicium calumniæ*, car il ne peut intervenir au cas d'une procédure *per sponsionem*. La remarque est

(1) Gaius, Com. IV, § 163.

juste ; mais l'opinion proculienne ne prévalut pas dans la jurisprudence romaine ; et du reste, cette absence de *judicium calumniæ* n'aurait rien de choquant. Nous dirons, en effet, qu'à une certaine époque la procédure *per sponsionem* était obligatoire dans tous les interdits et dans ces conditions le *judicium calumniæ* ne pouvait intervenir.

Quant à la différence de situation des deux parties elle s'explique, semble-t-il, rationnellement. Le demandeur qui prend l'initiative doit s'assurer de son droit, il a toute liberté d'agir ou non. Quant au défendeur poursuivi malgré lui, il peut craindre, sans en être certain, que la demande dirigée contre lui ne soit fondée, aussi il lui est loisible de plaider sans risque.

J'ajoute que le demandeur aurait eu rarement intérêt à écarter les *sponsiones*. Quand elles interviennent, elles soumettent les deux parties aux mêmes risques et sont pour le demandeur l'exemption du *judicium calumniæ* qui n'avait rien de réciproque. Ce *judicium* subsisterait au contraire, au désavantage du demandeur tout seul, alors que disparaîtraient les *sponsiones*.

Pourquoi le défendeur, s'il demandait un arbitre, devait-il le déclarer sans délai ? C'est que l'option qu'il a n'est qu'une faveur, *indulgetur*, comme dit Gaius et il faut restreindre les dérogations au droit commun. Que le défendeur manifeste au moins son empressement à en user.

S'il n'a pas demandé d'arbitre, les *sponsiones* devien-

nent obligatoires ; les parties devront revenir devant le magistrat pour les conclure et recevoir un juge chargé de décider qui a encouru la peine.

Cette nouvelle comparution pouvait-elle avoir lieu dès que le voulait le demandeur ou devait-il laisser au défendeur un certain temps pour se conformer à l'interdit ? Les détails manquent, et à défaut de texte formel, on accorde que le demandeur sera libre. Sans doute, si le défendeur sollicitait un délai pour réfléchir, le juge ne le lui refuserait pas ; mais aucun espace de temps ne doit s'écouler fatalement depuis l'émission de l'interdit et avant qu'on puisse procéder aux *sponsiones*.

On pourrait croire qu'il devrait en être autrement pour les interdits prohibitifs : en effet, l'ordre de s'abstenir qui s'impose au défendeur ne peut être enfreint que dans l'avenir ; il faut attendre pour savoir si l'adversaire persistera malgré l'interdit, à faire des actes de possession ; s'il y avait de suite conclusion des *sponsiones* alors qu'il n'y a pas eu de nouveaux troubles, le possesseur perdrait le procès, quand bien même il prouverait sa possession ; il ne démontrerait pas l'existence de la condition mise à la *sponsio*, c'est-à-dire d'un nouveau trouble.

On peut répondre à cette objection qu'il y a, même en ce cas, résistance à l'ordre du prêteur : celui-ci a défendu de troubler la possession actuelle et chaque

partie continue à prétendre qu'elle est à elle seule : c'est contrevenir à l'interdit.

Le demandeur peut donc, dès qu'il le veut, procéder aux *sponsiones*. Serait-il à l'inverse libre de les retarder à son gré et de laisser dormir indéfiniment l'interdit? Paul nous dit à propos de l'interdit *de tabulis exhibendis* qu'on peut user pendant un an de l'interdit : *De exhibitione, interdicto reddito intra annum agi possit* (1). Mais nous trouvons dans Ulpien l'opinion contraire. Parlant du même interdit *de tabulis exhibendis* : *Interdictum hoc et post annum competere constat* (2). Au lieu de déclarer ces deux textes incompatibles (3), on a essayé de les concilier et on admet (4) qu'il faut distinguer, d'une part le droit de solliciter l'interdit, lequel est perpétuel, et d'autre part la possibilité d'en user lorsqu'il est rendu, laquelle se prescrit par un an. Cette prescription, disons-le, paraît rationnelle et s'harmonise avec les habitudes du préteur de créer des actions annales.

J'ajoute que la solution donnée pour l'interdit *de tabulis exhibendis* ne doit pas s'y appliquer exclusive-

(1) Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. VII, § 6.

(2) L. 3, Dig., XLIII, 5.

(3) Pothier, *Pandectes*, t. IV, p. 112, note 2. Cujas ajoute au texte d'Ulpien une négation; d'autres ont soutenu que le passage de Paul avait été interpolé lorsqu'on l'a inséré dans le Bréviaire d'Alaric.

(4) Schmidt, *Interd.*, p. 119.

ment ; il n'y a aucune raison pour ne pas l'appliquer à tous les cas et on invoque en ce sens quelques mots du Digeste sur l'interdit *uti possidetis*, « *neque plurisquam quanti res erit intra annum quo primum experiundi potestas fuerit agere permittam.* »

Nous en avons ainsi terminé avec l'exposé de la procédure *per sponsionem* dans les interdits ; son étendue d'application nous est connue.

Sur un point pourtant les renseignements nous manquent : quel était le taux des *sponsiones* dont j'ai parlé ? Était-il laissé au caprice des parties ou était-il limité, soit par la loi, soit par le magistrat ; d'ordinaire les textes sont explicites à ce sujet ; ils sont muets ici.

On a bien essayé de s'appuyer sur la loi 1, pr., Dig., XLIII, 17, pour soutenir que le taux était fixé par la loi au montant de l'intérêt du litige. Les mots *quanti res erit* se rapporteraient aux *sponsiones*. J'ai dit combien était incertain le sens de ce texte et dans tous les cas ces expressions concernent seulement le *judicium secutorium*. Faut-il dire que le montant des *sponsiones*, à cause de l'idée de *pœna*, de *periculum*, qu'elles éveillent, devaient être calculées à un taux supérieur au préjudice réellement éprouvé ? Je ne le crois pas, et tout ce qu'on peut affirmer c'est qu'elles ont le caractère de *pœna* n'exemptant pas le défendeur de réparer le dommage qu'il avait causé par sa contravention.

Ce qui paraît dès lors le plus vraisemblable, c'est que les *sponsiones* étaient fixées par ces parties sous

l'autorité du juge ou du magistrat, qui avait ainsi le moyen de graduer les condamnations suivant les cas.

J'ai dit qu'au début et comme base de la procédure des interdits servant de préparation à l'instance ultérieure, un ordre spécial du magistrat devait intervenir à la suite duquel un juge était sollicité. Pourquoi devait-on recourir à ce préliminaire anormal et ne pas suivre la marche ordinaire des actions? On a cru (1) trouver l'explication dans l'intervention des *sponsiones*. Par elles, dit-on, on a voulu intimider les plaideurs, mais pour les asseoir et les légitimer il fallait un ordre du magistrat dont l'infraction autorisât une répression énergique, et une fois qu'il était intervenu, la rigueur trouvait sa raison d'être : voilà pourquoi elle s'appliquait même au *judicium calumniæ* qui produisait à l'encontre du demandeur une peine du quart (2).

Cette opinion est maintenant abandonnée. De bonne heure, en effet, on s'était débarrassé des *sponsiones* devenues facultatives pour un grand nombre d'interdits, et lorsque domina la procédure extraordinaire, toute espèce de peine disparut ; malgré cela la nécessité d'un ordre se conserva. Et l'on doit encore ajouter que sous le système formulaire il y avait souvent *sponsio penalis*, comme dans la *condictio certæ pecuniæ* ou de constitut, sans qu'on eût organisé au préalable la forme de

(1) Puchta, *Instit.*, § 189.

(2) Elle était ailleurs d'un dixième.

l'interdit. Aucun lien nécessaire entre ces deux choses ne saurait donc être affirmé.

Quelle est alors la cause de l'ordre du préteur? On a cherché bien des explications; nous n'avons pas à les détailler ici (1). Disons seulement, pour nous en tenir à l'opinion générale, que les interdits ont été créés pour combler une lacune du droit civil et fournir un moyen d'action là où il n'en accordait pas. C'est ainsi qu'on assura le respect de la possession et l'usage des choses publiques communes, sacrées ou religieuses. Le magistrat usa de son *imperium* à propos de chaque cas qui se présentait : le préalable d'un ordre spécial était dès lors indispensable, car on ne reconnaissait pas au préteur la faculté d'un ordre général.

§ 3. *De la procédure des interdits à l'origine
et de son développement historique.*

Après avoir examiné la procédure classique des interdits et le rôle de la *sponsio* à l'époque formulaire, il

(1) Barkausen (*Thèse de doctorat*, 1860) dit que les interdits furent créés pour éviter le système des condamnations pécuniaires, là où elles étaient surtout un mal. On doit répondre qu'ils existaient à l'époque des *legis actiones*, lorsque les condamnations en nature étaient possibles; et lorsque avec le système formulaire, le système fut changé, les interdits, ainsi que le dit Gaius, comportèrent la formule arbitraire; mais à défaut de restitution ou d'exhibition, l'emploi des condamnations pécuniaires devenait inévitable.

faut remonter jusqu'aux origines. La procédure *per sponsionem*, ai-je dit, était obligatoire au cas d'interdit prohibitoire, et facultative pour les interdits restitutoires et exhibitoires. En a-t-il toujours été ainsi ?

Nous ne devons pas le croire ; le texte de Gaius le laisse entendre ; la faculté de demander un arbitre est, dit-il, une faveur, *indulgetur*, d'où la *sponsio* devait s'imposer dans tous les cas, et le raisonnement logique y amène.

Les *legis actiones* ouvraient sans doute l'accès de la justice à un grand nombre de droits concernant le patrimoine, droits reconnus dès l'origine et organisés de manière à être l'objet de poursuites judiciaires.

Mais on était loin d'embrasser tous les rapports de la vie sociale ; il y avait en dehors certains points du *jus divinum* et du *jus publicum*, comme la protection des *loca sacra*, places publiques, cours d'eaux, chemins, et aussi certains rapports privés étrangers au patrimoine, ayant trait, par exemple, à la liberté, à la puissance paternelle.

Dans ce cas, le magistrat tranchait la difficulté lui-même au moyen d'un ordre ou d'une défense, dont il assurait au besoin l'exécution en vertu de son *imperium*, par voie de contrainte directe ou indirecte (1) plus ou moins prompte. Cette manière de procéder des interdits ne peut pourtant être vérifiée dans aucun docu-

(1) Kel., *Des act.*, p. 90.

ment formel (1). Plus tard, le préteur dut se débarrasser du fardeau des affaires qui l'encombraient. Mais comment les choses furent-elles organisées? Keller a développé le système suivant. Ce magistrat, au lieu de vérifier lui-même les faits qu'on alléguait et qu'on présentait comme dignes de son intervention; ordonnait à leur sujet entre les parties une *sponsio prejudicialis*, et relativement à elle le *judex* chargé de la vérification rendait une sentence préliminaire que le magistrat utilisait pour la décision principale, qu'il continuait à rendre lui-même. Mais tout n'était pas fini à ce moment. Ayant statué, le magistrat, à la place de l'exécution directe, prescrivait une *sponsio penalis*, qui dut être accompagnée d'un *arbitrium* destiné à fixer le montant de la satisfaction due au demandeur (2). Ainsi la procédure complète des interdits aurait comporté l'emploi successif de deux *sponsiones*. Mais cette complication, dont on ne retrouve la trace dans aucun texte, ne saurait avoir existé; d'ailleurs la *sponsio præjudicialis* n'était pas dans les habitudes primitives; la *sponsio* eut à l'origine le caractère d'une peine.

(1) Kel., *loc. cit.*, p. 339, note 861. Il appuie la conjecture sur le développement incessant de l'*auctoritas* et de l'*imperium prætoris*, dans la présence de moyens de contrainte directe qui continuèrent de se maintenir dans les interdits ou plutôt auprès d'eux (2, § 8, Dig., XXIX, 3; 3 pr., et § 1, Dig., XLIII, 4.

(2) Keller, *Des act.*, p. 340.

De là, le préteur, s'abstenant de vérifier les faits, ne dut donner les interdits que conditionnellement, et, pour saisir le juge de leur connaissance, il dut obliger les parties à faire des *sponsiones* ayant un caractère pénal par analogie avec le *sacramentum*. Il en fut ainsi sous les *legis actiones*, et la *sponsio* remplit deux rôles : elle eut pour but de punir l'esprit de chicane et la désobéissance à l'interdit, comme aussi de fournir une cause à l'action qui suivait l'ordre prétorien. On aperçoit tout de suite le lien entre cette manière de procéder et les *legis actiones* ; la présence de ces formes prouve que les interdits étaient connus à cette époque, car c'est par imitation des promesses qui intervenaient dans les actions de droit strict qu'on les rencontre dans les interdits, et elles devaient s'y trouver inévitablement.

Leur cause, elle est donc dans les usages anciens de la procédure, et non pas, comme on l'a dit, dans un grand intérêt d'ordre public qui exige le respect de la possession. Si tel avait été le motif des *sponsiones*, on ne s'expliquerait pas qu'à l'époque classique l'interdit *unde vi*, celui de tous qui doit comporter à ce point de vue une sévérité particulière, n'ait donné lieu qu'à un interdit restitutoire où l'on peut, je l'ai dit, éviter les *sponsiones*.

L'origine des *sponsiones* étant déterminée, il faut savoir comment fut amenée, pour le défendeur, la liberté de les répudier dans les interdits restitutoires et exhi-

bitoires. Et, d'abord, était-il possible de distinguer rationnellement ces deux classes d'interdits, des interdits prohibitifs? On a donné diverses explications. Aux deux premiers cas, dit-on, le défendeur, en plaidant, n'a nullement l'intention de désobéir à l'ordre du magistrat; il veut seulement en faire juger le mérite et s'assurer s'il s'applique à lui; au contraire, au troisième cas, l'infraction est éclatante, car on ne peut être condamné que pour des faits postérieurs à l'omission de l'interdit. Nous n'avons pas à examiner ici en détail cette dernière proposition; on sait qu'elle est très contestée; et des autorités importantes soutiennent que le juge peut, par exemple, dans l'interdit *uti possidetis* qui est prohibitif, apprécier le dommage antérieur à l'omission de l'interdit. Je ne saurais approuver cette opinion (1).

(1) Elle est contraire à la nature de l'interdit prohibitif. — Son caractère est d'être une défense, et elle n'est possible que pour l'avenir. Les textes sont en ce sens. On trouve au Digeste la loi 1, § 12, Dig., XLIII, 13, où il est question des interdits pour protéger la libre circulation des fleuves. A cet effet, on a créé des interdits restitutoires et prohibitifs, et ces derniers sont faits seulement pour empêcher le dommage futur: *Pertinent ad ea quæ nondum facta sunt*. Voilà pourquoi les fruits ne sont exigibles que depuis que le préteur a accordé l'interdit. Mais le dommage antérieur ne saurait demeurer impuni; une instance particulière pourra être introduite à raison des faits commis sans droit, et celui qui a causé un trouble devra réparer le mal qu'il a causé. — *Contra*, Machelard, *Interdits*, *Rev. crit.*, t. XXV, p. 450 et s. Savigny, *Traité de la possess.*, § 37.

Quoi qu'il en soit, il est faux de dire qu'en dehors des interdits prohibitifs il n'y a pas contravention à l'ordre. Le préteur, dans l'interdit restitutoire, par exemple, ordonne la restitution au défendeur, et celui-ci répond : cet ordre ne m'atteint pas ; il résiste jusqu'au prononcé du jugement, il est donc convaincu de désobéissance.

On a parlé aussi d'immoralité plus grande qu'aurait la résistance à l'interdit prohibitif. Mais on abandonne cette idée : on peut en effet, soutenir de très bonne foi que son adversaire n'a pas la possession d'un fonds ou d'une servitude et résister avec beaucoup moins de raison à l'interdit *unde vi* ou *de libero exhibendo* (1).

Pour Maynz (2), la différence de procédure aurait ce motif que l'interdit prohibitif gênait indûment la liberté du défendeur, le forçant jusqu'au jour du jugement à s'abstenir de faire tel ou tel acte, ce qui serait plus grave que de lui demander une restitution. Mais en vertu de cette explication le demandeur seul devrait encourir la peine : on répondra peut-être que la réciprocité de la *sponsio penalis* était inévitable ; mais le principe même de la distinction ne saurait nous décider ; dans les deux cas la gêne est la même pour le défendeur ; et puis s'il est sûr de son droit dans l'interdit prohibitif, l'ordre du magistrat ne l'empêchera pas d'agir.

(1) V. Ortol., t. III, n° 2338, note 4.

(2) *Élém. de dr. rom.*, t. I, p. 367.

Ces différents systèmes étant écartés, il faut trouver ailleurs l'explication ; elle nous est fournie par l'influence qu'exerça dans la procédure la création de l'action *in factum*.

Au début, on le sait, le préteur s'était borné à établir des moyens de poursuite pour les droits reconnus par le droit civil ; il les étendit ensuite à certains cas analogues ; enfin, allant plus loin, il créa des formules nouvelles indépendantes du *jus civile* rattachées à certains faits matériels et juridiques.

Or, dans les interdits restitutoires et exhibitoires, comme dans les cas d'action *in factum*, il y avait dès la première comparution une réclamation du demandeur qui tendait à une prestation déterminée. Pourquoi exiger une *sponsio* alors qu'il n'y en avait pas dans l'action *in factum*. N'y avait-il pas lieu de croire que le défendeur accèderait à la demande formée contre lui s'il était convaincu de l'existence des conditions sur lesquelles son adversaire avait le droit de s'appuyer. Ce qu'il fallait, c'était un examen des faits et non pas un ordre avec menace de peine.

Et comme l'on avait créé à propos des actions, la formule arbitraire, leur influence se fit aussitôt sentir. Le défendeur put écarter les *sponsiones* et demander la délivrance d'une formule arbitraire. Il put choisir entre les deux formes : en effet, s'il est sûr de son droit il ne faut pas l'empêcher de recourir à la *sponsio* qui lui procure un avantage supplémentaire.

Pour les interdits prohibitifs la faculté d'option se conçoit difficilement, car on ne fait, lors du prononcé de l'interdit, la demande d'aucune prestation déterminée se fondant sur les faits qui ont amené les parties devant le magistrat. Son but est d'empêcher des troubles et des violences à venir. Pour beaucoup d'auteurs le domaine de cet interdit s'étend aussi sur le dommage causé dans le passé. Je me suis expliqué sur ce point, mais dans tous les cas c'est l'avenir surtout qu'on a en vue, le reste n'est qu'un accessoire (1) et s'il y a désobéissance, comme elle a lieu après avertissement, on conçoit qu'on plaide *cum periculo*. D'ailleurs, à supposer qu'il y ait eu des troubles dans le passé et que l'interdit dût en prononcer la réparation, on ne voit pas bien comment le préjudice qui n'a pas été jusqu'à amener la dépossession pouvait faire l'objet d'une formule arbitraire, fournir matière à une exhibition ou à une restitution.

De là, la condamnation étant néanmoins indispensable, on conserve les rigueurs des *sponsiones*. Du reste c'est dans le cas d'interdits prohibitifs que les violences, les rixes, les collisions sont surtout à craindre : la menace d'une peine fera réfléchir les parties ; mais elles n'avaient plus leur rôle primitif, n'étant plus un moyen de procédure pour saisir la justice. Elles n'eurent plus qu'un rôle exclusivement pénal, ce qui

(1) Machelard, *Interd.*, *Rev. crit.*, XXIV, p. 447, et XXV, p. 297.

d'ailleurs leur offrait un avantage, et c'est pour cela qu'elles subsistèrent, même après la création de l'action *in factum*. On allègue le plus souvent, pour expliquer son maintien, l'esprit de routine et le respect des Romains pour leurs anciennes traditions. Mais la forme primitive avait sa raison d'être.

Peu à peu pourtant, les prêteurs ayant inscrit dans leur édit les formules générales d'interdits, on cessa de recourir à l'intervention directe du magistrat, on vint *de plano* demander une action contre celui qui avait contrevenu à l'injonction inscrite dans l'édit : ce qui amena insensiblement l'abrogation de la procédure *per sponsionem*. Elle disparut tout à fait lorsque fut établie d'une façon générale, la procédure extraordinaire, car je l'ai dit, elle suppose la distinction de l'instance en deux phases.

On revint ainsi à la simplicité de la procédure et l'on ne saurait s'en plaindre. N'y avait-il pas inconvénient à accumuler comme à plaisir les formalités dans une classe de procès qui est chez nous soumise à la procédure la moins coûteuse, celle des justices de paix? Ne devait-elle pas devenir, comme l'a dit un auteur (1),
« dans les mains d'un plaideur opulent un moyen
« inique d'intimider un adversaire pauvre et de le faire
« reculer, malgré la conscience de son bon droit de-
« vant les conséquences ruineuses que pouvait avoir
« pour lui un procès ainsi conduit. »

(1) Bonjean, t. II, p. 439, *Des act.*

CHAPITRE VI

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM DANS LES ACTIONS RÉELLES

§ 1. *Origine et développement de cette procédure.*

Au début, on le sait, lorsque régnait le système des *legis actiones*, la procédure *per sacramentum* fut appliquée aux actions réelles. C'était elle qui formait le droit commun, et l'on peut croire qu'elle n'était guère moins ancienne que Rome elle-même. Les formalités étaient nombreuses et minutieusement réglées (1), et l'on peut dire que l'action réelle était la fonction caractéristique du *sacramentum*. Sa forme s'y était plus particulièrement attachée ; aussi faut-il croire qu'elle demeura plus longtemps qu'ailleurs. Mais les solennités compliquées devinrent par trop gênantes ; on ne voulut plus de la présence de la chose *in jure*, d'une

(1) Aul.-Gel, XX, 40 ; Cic., *Pro Murena*, 42 ; Accar., t. II, p. 814, 2^e éd.

double appréhension, d'une double provocation au *sacramentum* suivie d'une double promesse dans l'intérêt du Trésor public, du règlement par le magistrat de la possession provisoire (*vindicix*). Déjà quelques-uns de ces actes n'existaient presque qu'à l'état de fiction, et la simulation préparait leur abrogation. On trouva qu'il fallait faire davantage encore, et on ne voulut plus que celui qui perdait son procès subît une peine attribuée au Trésor public. De là, la procédure *per sponsionem*. M. Accarias soutient qu'auparavant la peine était déjà attribuée au gagnant, qu'il intervenait de la part de chaque partie une promesse stipulant paiement, à celui qui triompherait, de la somme d'argent jadis réservée à l'*ærarium*. La preuve résulte, selon M. Accarias, du § 93, Commentaire IV de Gaius, employant le mot de *sponsio* dans la procédure *per sacramentum*. « Si apud centum viros agitur summam sponsionis non per formulam petimus sed per legis actionem : sacramento enim reum provocamus eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fieri solet. » Il semblerait résulter de ce passage pris au pied de la lettre qu'il intervenait au début un *jus*, une *sponsio* entre les parties, et qu'à l'occasion de cette *sponsio* naîtrait la procédure *per sacramentum*. Mais jamais il n'en fut ainsi. Gaius, en employant ici le mot *sponsio*, ne l'a pas entendu au sens juridique ; il a eu en vue la signification générale de pari, gageure. Il a usé de ce mot parce qu'il venait de parler de la procédure *per spon-*

sionem, et à la vérité il y a de grandes analogies entre les deux procédures, car il est hors de conteste qu'après la provocation au *sacramentum* la somme n'était pas versée de suite au Trésor, mais qu'elle était garantie par des *prædes* ou des cautions. La seule différence était une variante de formules et aussi la destination de la peine qui n'était promise au gagnant que dans la procédure *per sponsionem*.

Je viens de constater la ressemblance entre le *sacramentum* et la procédure *per sponsionem*. Celle-ci n'était que la simplification de celle-là; elles se succèdent.

Au lieu d'accomplir *in jure* toutes sortes de formalités, au lieu de faire supporter une peine au perdant, il interviendra simplement *in jure* une *sponsio mere præjudicialis*. « Si res de qua agitur, ex jure quiritium, « mea est, sestertios CXXV nummos dare spondes? « — Spondeo. » — Et ainsi le procès est organisé. C'était le seul but cherché, car le demandeur, venant à gagner, ne pourra pas exiger la somme promise. « Non « tamen, dit Gaius (1), hæc summa sponsionis exi- « gitur; nec enim pœnalis est, sed præjudicialis et « propter hoc solum fit ut per eam de re judicetur. » Voilà pourquoi nous ne trouvons pas la *restipulatio*.

Dans cette procédure *per sponsionem*, on retrouve donc le même détour que dans le *sacramentum*; en

(1) Gaius, IV, § 94.

apparence, c'est le bien ou mal fondé d'une promesse que le juge doit résoudre. Mais comme la question dépend exclusivement de l'existence du droit de propriété allégué par le demandeur, au fond c'est bien sur ce droit lui-même et sur lui seul que portent tous les débats *per eam de re judicatur*.

Avec cette nouvelle forme, le magistrat n'a plus à déterminer la partie qui possèdera pendant la durée du litige; la possession reste provisoirement où elle est, aux mains du défendeur. Mais, en revanche, celui-ci est tenu de promettre que, s'il échoue, la chose sera restituée au demandeur avec les fruits et accessoires qu'elle a produits *pendente judicio* : *stipulatio pro præde litis et vindiciarum*. Elle tenait lieu de l'intervention des ancêtres *prædes* que devait fournir, sous l'empire des actions de la loi, le possesseur intérimaire. Ces deux modes avaient un but commun : assurer au demandeur une restitution, s'il y avait droit.

Comment était conçue cette stipulation? La formule ne nous en a pas été conservée. Il paraît qu'elle pouvait être conçue simplement *in quantum lege præes litis et vindiciarum datus teneretur*, et alors elle comprenait l'élément pénal contenu dans la *duplio fructuum* que subissaient les *prædes litis*.

On a dit que la promesse personnelle du défendeur suffisait et qu'il n'était pas tenu de fournir des répondants; c'eût été un désavantage pour le demandeur et une différence avec ce qui se passait dans la procédure

per sacramentum. Aussi la plupart des auteurs sont d'avis contraire (1). Les textes, en effet, ne parlent pas d'un changement qui se serait produit par rapport à l'état antérieur, et on trouve dans Cicéron la preuve de la *satisfactio*. Il s'agit d'une personne qui voudrait invoquer un testament pour obtenir une hérédité; il a deux moyens : « aut lege ageretur hereditatem, aut pro
« præde litis et vindiciarum quum satis accepisset,
« sponsionem faceret (2) ».

J'ajoute que désormais le demandeur seul sera obligé de prouver son droit de propriété. En effet, par ce fait que le défendeur possède, il est présumé propriétaire et c'est précisément pour cela qu'on lui a laissé la possession provisoire.

La procédure *per sponsionem*, ai-je dit, est venue après le *sacramentum* dont elle n'est qu'une transformation, une simplification. On a nié cette suite logique des formes (3). D'après Stinzing la *sponsio* aurait toujours fourni, pourvu qu'il y eût accord des parties, le moyen d'esquiver la forme ordinaire de l'action *in rem* et du même coup la peine assez élevée du *sacramen-*

(1) Accq., t. II, p. 948. Kel., *Des act.*, p. 105. Maynz, *Élém. de dr. rom.*, I, p. 383 et 417.

(2) Cic., *Verr.*, II, 1, 45.

(3) Elle était de 50 ou 500 as, suivant que l'intérêt du litige dépassait ou non 1,000 as; par exception, dans les procès relatifs à la liberté, le taux était de 50 as (Gaius, *Com.* IV, § 14).

tum (1). Il suffisait pour cela de remplacer l'action *in rem* par une action *in personam* ayant pour fondement une *sponsio præjudicialis* librement intervenue, et toujours assez faible pour ne donner lieu qu'au plus faible *sacramentum* dans le procès organisé sur cette *sponsio*. Cette pratique fut-elle usitée ou non, il est difficile de le dire, mais il est certain qu'elle n'était pas la procédure *per sponsionem* telle qu'il faut l'entendre juridiquement. Le procédé, dont parle Stinzing, n'était qu'un contrat, un simple acte ordinaire de la vie civile : on intentait une action *in personam ex sponsione* et non pas *in rem per sponsionem*. Il s'agit, au contraire, dans la procédure *per sponsionem*, d'un moyen qui s'impose lorsqu'une partie le désire, alors même que son adversaire ne le voudrait pas. Ajoutons qu'elle laisse subsister le caractère d'action réelle. La *sponsio*, dit Keller, ne fit nullement considérer les actions concernant la « propriété et les servitudes intentées à son aide » comme des actions *ex contractu et in personam*; la « forme ne l'emporta pas si complètement sur le « fond ». C'est l'opinion formelle de Gaius (2). Du reste, Stinzing admet que la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* s'était établie à l'image des *prædes*, qu'elle en était une transformation, une dégradation. Ne de-

(1) Kel., *Des act.*, p. 449.

(2) Gaius, IV, § 91, *cum in rem actio duplex sit aut per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem*.

vrait-il pas en tirer une conclusion pour la procédure *per sponsionem* tout entière.

A quelle époque au juste fut-elle inventée? Les renseignements positifs nous manquent; mais il est probable qu'elle n'existait pas lorsque fut créée la procédure formulaire. S'il en était autrement on aurait quelque peine à comprendre que la loi *Æbutia* (1), en établissant le système formulaire, eût maintenu le *sacramentum* en matière réelle. Or, ainsi que le rapporte Aulu-Gelle, elle laissait subsister la vieille procédure dans les *causæ centumvirales* (2).

En revanche, elle existait certainement sous les lois *Juliaë* rendues par Auguste et même auparavant à la fin de la République sous Cicéron (3).

S'appliqua-t-elle à toutes les actions réelles? Il faut

(1) La loi *Æbutia* a une date qu'on ne sait pas au juste: on hésite entre 520, 577 et 583, chacune de ces époques offrant le nom d'un tribun *Æbutius*. La première date doit être écartée, car la loi serait contemporaine de la *lex Calpurnia*, qui organisait une forme nouvelle de *legis actio*, et puis on ne com; rendrait plus la publication du *jus ælianum*, manuel de procédure des actions de la loi qui date du milieu du vi^e siècle (L. 2, § 7, Dig., I, 2. V. Ortol., *Generalisat.*, t. I, p. 201).

(2) Aulu-Gelle, XVI, 10. Pour être complet, Aulu-Gelle aurait dû parler aussi des causes décenvirales relatives à la liberté et au droit de cité. On usait là du *sacramentum* (Cic., *Pro domo*, 29). Si Aulu-Gelle n'en parle pas, c'est que depuis Auguste, les décenvirs cessèrent sans doute d'exister comme tribunal spécial.

(3) Cic., 2^e act., *Verr.*, I, 45 et II, 12; *Pro Murena*, 12.

répondre affirmativement, qu'il s'agisse d'action en revendication, de pétition d'hérédité ou des actions *confessoria* ou *negatoria*. Pour ces dernières il y a absence de renseignements positifs. Mais il est hors de conteste qu'il existait pour elles, à l'origine, une forme spéciale de l'action *sacramenti* (1) analogue à la forme de la revendication, sorte d'action *duplex* où les rôles de demandeur et défendeur n'étaient définitivement fixés que par le règlement des *vindiciae*. On avait créé pour elles des formules formées des mêmes éléments mais inverses, suivant que le procès était intenté par celui qui prétendait avoir un droit de servitude ou par celui qui affirmait que le fonds était libre. Plus tard la procédure du *sacramentum* fut transformée en procédure *per sponsionem*.

Mais ces diverses actions requrent-elles toutes ensemble et au même moment cette procédure ? On en peut douter : on s'accorde à dire d'ordinaire qu'elle débuta dans la revendication qui fut débarrassée plus vite que les autres de l'obligation du *sacramentum* qui devint seulement facultatif. Cicéron, à son occasion, dit qu'on employait le *sacramentum* ou la *formula petitoria* ; mais il est probable qu'il ne voulait pas exclure le moyen de la *sponsio*.

Le système formulaire étant créé ne dut pas s'appliquer de suite aux actions réelles ; la circonstance que

(1) Kel., *Des aet.*, p. 61.

toute *condemnatio* tendait à une somme d'argent du amener ce fait que les formules ne servirent d'abord qu'à réaliser des obligations (1). Au début, on voulait mettre en harmonie l'*intentio* et la *condemnatio*, on voulait les calquer l'une sur l'autre, leur donner un objet de même nature. Or, comment mettre en harmonie la *condemnatio* dont le but est d'obtenir un paiement d'argent d'une personne déterminée avec une prétention relative au *meum esse*. Au contraire, dans les actions personnelles, l'*intentio* contient une prestation relative à une obligation ; il est vrai que si l'obligation tend à l'accomplissement d'un fait ou à la prestation d'une chose, la *condemnatio* n'ordonne pas la réalisation de ce fait ou la prestation de cette chose ; mais en somme on ne faisait que substituer une obligation à une autre obligation. Ainsi pour les actions réelles, il fallait un détour, une formule préjudicielle, une *sponsio*.

Mais avec le progrès des temps, l'influence du formalisme diminuant, la formule finit elle-même par s'appliquer aux actions réelles et elle vint se placer à côté de la *sponsio*.

Sous Cicéron l'évolution n'était pas encore accomplie totalement. S'il nous parle de la *formula petitoria*

(1) Voilà pourquoi à l'origine, le mot d'*actio* était réservé aux seules actions personnelles opposées ainsi aux *petitiones* ou actions réelles (L. 28, Dig., XLIV, 7. L. 178, § 1 ; Dig., L, 16. Accar., II, p. 946. Zimmern, *Des act.*, p. 446).

dans la revendication, à propos de la *petitio* d'hérédité il a un autre langage (1) : on devait agir encore *per sacramentum* ou *per sponsionem* ; voilà une preuve de plus de la filiation successive des idées que j'ai indiquée, de la création de la *sponsio* antérieurement à la *formula petitoria*. On ne saurait le nier sérieusement ; la *sponsio* est un vestige, une simplification de la procédure du *sacramentum* ; c'est aussi un effort pour plier les questions de droit réel à un procédé artificiel ; c'est dire qu'elle n'était qu'un état transitoire.

Bientôt on arriva à la *formula petitoria* et par elle à une grande supériorité dans les formes. Aussi prit-elle rapidement le pas sur la *sponsio* et sa trace se rencontre partout dans les compilations de Justinien, tandis que la *sponsio* ne se laisse pas entrevoir ; de là, si les actions réelles étaient entrées dès le début dans la procédure formulaire par la *formula petitoria*, on n'eût jamais conçu l'idée de la *sponsio*. Ainsi les actions réelles prétoriennes reçurent dès leur création la procédure *formulae petitoriae*.

La *formula petitoria* réalisait d'un seul coup le résultat où on ne parvenait dans la procédure *per sponsionem* qu'après une série d'actes, savoir : conclusion des *sponsiones* devant le magistrat, délivrance d'une formule *ex sponsione*, décision du juge sur la *sponsio* et si sa sentence était favorable, organisation d'une instance

(1) Cic., 2^e act., *Verr.*, I, 45.

accessoire pour les condamnations à prononcer, les réparations à ordonner *arbitrium litis æstimandæ*. Nous en reparlerons plus tard en insistant sur les inconvénients de la procédure des actions réelles. Disons seulement que ces complications venaient de ce que l'on agissait par voie détournée.

§ 2. *Emploi simultané des trois formes de procédure dans les actions réelles à l'époque classique.*

La procédure formulaire étant admise dans les actions réelles, il semble qu'elle aurait dû faire disparaître aussitôt les deux moyens précédents, étant donné, comme je viens de le dire, qu'elle l'emportait par la simplicité des formes. Et pourtant, à l'époque classique, ainsi que Gaius le dit formellement (1), elles existaient simultanément, laissées au libre choix des parties. Il s'agit d'expliquer ce phénomène et, pour cela, il faut rechercher s'il n'y avait pas, soit dans le *sacramentum*, soit dans la procédure *per sponsionem* des avantages originaux, particuliers, caractéristiques qui donnaient à chacune de ces deux formes une utilité spéciale.

Il faut, sans doute, faire aussi sa place à l'esprit de

(1) Gaius, IV, § 91 et 93.

conservation des Romains, à leur habitude de n'abroger jamais des formes vieilles qui se perpétuaient par tradition dans la loi sans avoir d'usage dans la vie pratique. Mais on peut ici ne pas se contenter de cette explication insuffisante à elle seule et banale par surcroît; ces quelques idées que nous allons essayer de développer sont un des côtés les plus nouveaux de la matière.

Pour donner l'explication de la persistance des *sacramentum*, et trouver sa raison d'être, il faut rappeler qu'à l'époque classique sa présence attribuait aussitôt compétence au tribunal des centumvirs. C'est à cause de la compétence de ce tribunal et des règles qui y étaient admises que se conserva le *sacramentum* à l'époque classique.

Le tribunal des centumvirs est une institution nationale des Romains, qu'ils n'ont pas empruntée à d'autres peuples, quoi qu'on ait pu dire (1). Ce fut une conquête des plébéiens sur le patriciat.

A quelle époque précise fut-il établi? On ne saurait le dire, et bien des systèmes ont été mis en avant. Dans son étude si complète des centumvirs, M. Chenon a pris successivement les différentes opinions et a dé-

(1) Ayres, *De jud. rem septemverali*; on s'appuie sur un passage de Quintilien, V, 10, 1150. Il parle d'affaires portées en Grèce devant les *amphyctiones*; et, dit-il, on jugeait là comme devant les centumvirs. Mais rien ne prouve que cette dernière juridiction soit une imitation de la première.

montré leur erreur. Ils ne datent pas de Servius Tullius, comme le veut Niebuhr (1), ni de la loi des Douze Tables, comme le soutient Zumpt (2); ils sont antérieurs à la loi *Æbutia*, c'est-à-dire à l'année 513 proposée par Siccama (3). Ils furent établis peut-être entre 367 et

(1) Pour établir son opinion, Niebuhr invoque un texte de Denys d'Halicarnasse (IV, 25), où il est dit que Servius Tullius établit des juges pris parmi les particuliers, ce seraient les centumvirs. Il ajoute que devant leur tribunal était plantée une lance (*hasta*), ce qui est un symbole d'antiquité incontestable; à ce moment le peuple était divisé en trente tribus, les centumvirs auraient été composés de trois membres de chaque tribu et des décemvirs. Mais la division en trente tribus dura longtemps, pourquoi y placer dès le début le tribunal des décemvirs? Quant au passage de Denys d'Halicarnasse, il se rapporte bien plutôt à l'institution des *judices privati* nommés pour chaque affaire, sans fonctions permanentes, dont la plus haute antiquité nous est attestée par l'existence de la *judicis postulatio* antérieure à la loi des Douze Tables et par Ulpien (L. 2, § 3, II, 11). Si Servius Tullius avait créé les centumvirs, jamais le pouvoir judiciaire n'aurait été concentré entre les mains des patriciens, et c'est contraire aux récits des historiens (v. Chenon, *Centumvirs*, p. 7 et s.).

(2) Selon Zumpt, la loi des Douze Tables aurait créé le *sacramentum*, et en même temps le tribunal des centumvirs. Mais l'action *sacramenti* est antérieure à la loi des Douze Tables qui ne fit que la consacrer.

(3) Siccama (*De centumvirale jud.*, 1, 8) fixe à l'année 513 la date de la création des centumvirs. Il invoque un passage d'Aulu-Gelle (XX, 1). Mais ce texte dit seulement que la loi *Æbutia* maintint l'ancienne procédure au tribunal des centumvirs. Quant à la loi *Æbutia*, comme je l'ai dit autre part, elle n'a pas été édictée en 513, car en 555, un ouvrage fut

395 lorsqu'il y eut à Rome vingt-cinq tribus, car alors, chacune d'elles désignant quatre de ses membres, on arrivait à former le nombre exact de cent juges. Ou bien on les créa plutôt en 450, lorsque se fut produite la divulgation des fastes et des actions de la loi (1), car auparavant les simples particuliers ne connaissant pas leur contenu, n'auraient pu être constitués *judices*.

On objecte, il est vrai, que dès le début du iv^e siècle on trouve la trace de *recuperatores* qui sont, on le sait, des juges pris parmi les plébéiens; mais il est à peu près certain que leur compétence, outre qu'elle était exceptionnelle, ne s'étendait qu'aux contestations entre Romains et étrangers; et dans tous les cas il n'y avait pas là la procédure des actions de la loi (2).

Dans ces derniers temps, M. Mommsen a soutenu une autre théorie (3). J'en dirai quelques mots car elle a pour base le taux du *sacramentum* que Gaius, on le sait, appelle un peu improprement *sponsio* au § 95, commentaire IV et se rattache ainsi par un côté à notre sujet. On sait que le taux primitif du *sacramentum* était de 500 as pour les procès portant sur 1,000 as ou au delà. Or,

publié par Sextus Ælius où il donnait la nomenclature des formules des actions de la loi en usage, et en composait de nouvelles. C'est donc qu'à cette époque, les *legis actiones* n'avaient pas été abrogées.

(1) V. Chenon, *Trib. des centumv.*, p. 46.

(2) Ortol., *Generalisat.*, I, p. 153.

(3) Boucher Leclercq, *Instit. rom.*, I, p. 416, note 4.

Gaius nous dit : au tribunal des centumvirs la *sponsio* s'élevait à 125 sesterces (1) : ce qui ferait 500 as à supposer que le sesterce valût 4 as. Mais précisément il en fut ainsi depuis une loi Flaminia qui date de l'année 536 de Rome (2). De là Mommsen conclut que le tribunal des centumvirs est nécessairement postérieur à cette loi ; c'est depuis ce moment là seulement que le taux de la *sponsio* indiqué en sesterces par Gaius, s'accorde avec celui indiqué dans les autres textes en as.

Mais on peut objecter à cette opinion que si sous Gaius on évaluait en sesterces le taux du *sacramentum*, rien ne prouve qu'à l'origine il en ait été de même. L'opinion de Mommsen fixerait au surplus pour l'institution des centumvirs une date très peu antérieure à la loi *Æbutia* qui supprimait d'une façon générale la procédure *per sacramentum*, sauf dans les instances centumvirales. Et ainsi il se trouverait qu'on aurait organisé plus complètement cette procédure à une époque où on songeait déjà à la supprimer, où on l'avait, en tout cas, restreinte avec la création de la *condictio*.

Du reste, quelle que fut sa date, ce tribunal ne disparut pas lorsque fut créée pour les actions réelles la

(1) Gaius, *sponsio sestertiorum CXXV nummorum fieri solet*.

(2) Elle avait été créée pour organiser le système bimétallique en fixant à nouveau la valeur comparative de l'argent et du cuivre ; on voulait mettre la valeur légale des monnaies en harmonie avec la valeur commerciale des métaux (Boucher-Leclercq, *Inst. rom.*, 1, p. 579).

procédure *per sponsionem*. Sous Cicéron, sans doute, il y eut un moment de décadence ainsi que Tacite l'a constaté : aucun des grands orateurs n'y plaidait (1). Mais sous Auguste ils revinrent en honneur, l'empereur les divisa en quatre conseils et les réunit dans la vaste et magnifique basilique Julia (2). C'est qu'à cette époque la *querela inofficiosi testamenti* s'établissait par l'effet des mœurs et elle leur fut toujours attribuée exclusivement. Aucun préteur ne songea jamais à proposer une formule pour ce litige qui ne pouvait s'accommoder que d'une instruction affranchie d'entraves (3).

Ce n'était pas d'ailleurs le seul cas qui rentrait dans leur compétence, et sans aller jusqu'à leur attribuer une juridiction criminelle (4), il faut accorder qu'ils connaissaient des actions réelles du droit civil. Cicéron paraît même élargir encore leur domaine (Cic., *Dial. des orat.*, 38) ; mais les cas dont il parle se présentaient sans doute comme des incidents de procès relatifs aux successions à la propriété, comme des questions leur étant connexes et c'est à ce titre qu'il en parle (5).

(1) Tacite, *Dial. des orat.*, I, 38 et 57.

(2) Quintil., XII, 5°, 6°, Pline le J., V, 20.

(3) Zimmern, *Des act.*, trad. Etienne, p. 97.

(4) Chenon, *Trib. des centumv.*, p. 62.

(5) Bethman-Holweg, *Ueb die competenz des centumv. ge-rechts*, dans *Zeitschrift für gesch. rechtswis.*, p. 366 à 376, trad. par Chenon, *loc. cit.*, p. 77. C'est ainsi qu'on explique comment Cicéron parle de l'action *tutelæ*.

Du reste ils eurent le plus vif éclat sous Pline le Jeune qui nous y raconte complaisamment ses succès. Mais depuis Domitien leur importance diminua ; les empereurs en prirent ombrage, jaloux de leur influence ; ils continuèrent pourtant à vivre amoindris. Marcellus et Scævola les connaissaient, ce qui nous reporte à la seconde moitié du n^e siècle. Et nous trouvons dans saint Jérôme une lettre où il parle des *causæ centumvirales* (1). Mais pour lui les mots sont synonymes de *causæ hereditariæ* et on ne sait si les centumvirs existaient encore. Bien entendu ils avaient disparu sous Justinien qui en parle au passé (2) ; ils cessèrent d'exister sans doute vers l'an 300 alors que Dioclétien quitta Rome pour Milan et partagea l'empire.

Peut-être qu'avant de les supprimer on avait réduit leur compétence et qu'ils n'avaient plus à trancher que les questions de pétition d'hérédité. Cette idée s'appuie sur un texte de Justinien (L. 12, pr. au Code, liv. III, 31). Il constate que jamais la *petitio hereditatis* n'admettait de *præjudicium*. La signification de ce mot est connue : on ne voulait pas qu'une question plus grave pût être préjugée par une question moins grave ; de là si le point le moins important était soumis le premier à la justice, on s'arrêtait par un *præjudicium*. Or, s'il s'agissait de pétition d'hérédité, elle tenait, dit Justinien,

(1) Saint-Jérôme, *Epistol.*, ad *Dominionem*, 50.

(2) L. 12, au Code, III, 31.

en suspens toute autre action et n'était jamais suspendue. Quel en était le motif? « *Magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur per alios « tramites suam hereditatis petitionis infringi.* » Ainsi la majesté du tribunal centumviral empêchait le *præjudicium*. N'était-elle pas alors la seule action qui fût de la compétence des centumvirs (1)?

Le tribunal des centumvirs et avec lui la procédure *per sacramentum* qui y était la seule possible, traversèrent donc toute la période classique et subsistèrent même après la création de la *formula petitoria* pour l'action réelle. Le motif nous en est donné par M. Chenon (2).

Les centumvirs usaient pour leurs jugements d'une liberté d'appréciation qui, quoi qu'on fasse, appartiendra toujours aux tribunaux composés d'un grand nombre de juges et que ne pouvait avoir l'*unus iudex* lié par les instructions du préteur. Quoique leurs principales affaires missent en jeu des questions de droit, ils se laissaient guider volontiers par l'équité. Cicéron nous le prouve. Il s'agissait d'un testateur qui avait substitué un certain M. Curcius à son fils posthume; ce posthume ne naquit pas et un parent du testateur prétendit que Curcius était sans droit. La cause vint au tribunal des centumvirs. Scævola plaidait pour le parent; il montra

(1) L. 12, Code, III, 31.

(2) Chenon, *loc. cit.*, p. 88.

qu'il avait pour lui la lettre du testament; malgré tout Crassus, son adversaire, l'emporta; et pourquoi? Parce que, dit le tribunal, il est conforme à l'équité naturelle d'interpréter les testaments non pas au pied de la lettre, mais selon les vœux du législateur.

Il y avait ainsi avantage à aller devant les centumvirs. En revanche, un inconvénient se présentait qu'il ne faut pas passer sous silence. Le tribunal était divisé en quatre sections et dans les causes importantes les quatre sections entendaient le procès et votaient séparément. Il pouvait alors arriver que deux sections fussent d'un avis contraire aux deux autres. Il y avait partage. Le cas est prévu au Digeste (1); les unes maintenaient le testament, les autres l'annulaient. Que décider? Il vaut mieux s'en tenir au testament, dit le texte. Tout serait simple alors : on maintiendrait le *statu quo*. Mais le texte ajoute : « nisi aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. » De là des difficultés : en quels cas avait lieu cette iniquité et qui devait décider de son existence?

A cause de cet inconvénient d'une part, et lorsque d'un autre côté l'équité eut trouvé partout sa place, quand le juge put toujours en tenir compte, on comprend que le tribunal des centumvirs put disparaître.

J'ai dit aussi qu'à l'époque classique et après la création pour les actions réelles de la *formula petitoria*, la

(1) L. 40, pr., Dig., V, 2.

procédure *per sponsionem* continua d'exister dans la pratique. Gaius est très explicite, on l'a vu. Il faut voir comment on peut expliquer ce fait et rechercher s'il n'y avait pas, comme dans la procédure centumvirale, un avantage particulier dans la forme *per sponsionem*.

Avant de le préciser, et pour y arriver, rappelons une règle du droit français écrite dans l'art. 26 du Code de procédure civile : « le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir qu'au possessoire. » Il est naturel, en effet, qu'on commence par le possessoire à cause de la difficulté de la preuve qui est moindre, et à cause de la situation privilégiée qu'on se ménage dans la suite, n'ayant plus de preuve à faire, car on sait la règle : *sufficit ei quod possideat*.

Aussi le législateur français a pensé que nul ne serait assez imprudent pour attaquer au pétitoire s'il se croyait la moindre chance de réussir au possessoire, qu'ainsi le fait de s'adresser d'abord au pétitoire devait être considéré comme la reconnaissance tacite mais complète, de la part du demandeur, que la possession appartenait à son adversaire (1). A Rome, s'il en avait été ainsi, l'exercice par le demandeur de l'action en revendication l'aurait privé dès lors de la ressource des interdits. Ceux-ci n'auraient pu être jamais qu'un préliminaire de cette action. On l'a dit, et on a présenté l'interdit *uti possidetis* comme une revendication pro-

(1) Bonjean, *Des act.*, II, p. 103.

visoire, mais cette opinion est nécessairement abandonnée aujourd'hui ; les textes y conduisent forcément, car ils consacrent le droit d'user des interdits, s'ils sont possibles, après avoir agi d'abord au pétitoire.

En effet, dit-on, celui qui revendique une chose montre par là le désir qu'il a de la posséder ; il désirerait déjà avoir cette possession, et le gain du procès la lui assurera pour toujours. En agissant au pétitoire a-t-il renoncé volontairement à toute prétention actuelle à la possession ? Non ; mais il ignore qu'il y a droit et l'on ne peut induire de sa façon d'agir aucune renonciation (1). Si donc il apprend qu'il s'est trompé, qu'il peut agir au possessoire, la voie de l'interdit *unde vi* ou *uti possidetis* lui est ouverte (2), il n'a pas perdu la possession.

(1) Savigny, *Traité de la possess. en dr. rom.*, p. 439.

(2) L. 12, § 10, XLl, 2, et L. 18, § 1, Dig., XLIII, 16. Au premier cas, l'interdit *uti possidetis*, dit le texte, peut être intenté après l'exercice antérieur de la revendication. On appuie par ce texte la théorie disant que l'interdit *uti possidetis* ne suppose pas nécessairement l'exercice actuel de la possession. Sans cela, le texte supposerait qu'il y avait eu chez le revendiquant l'ignorance assez peu croyable, de ce fait que l'immeuble était occupé par lui. Il faut donc croire qu'il s'agit d'une personne qui ne possédait pas effectivement. Mais la possession n'était pas perdue en droit pour lui ; il pouvait reprocher à son adversaire de l'en avoir dépouillé clandestinement ou violemment, et alors il pouvait intenter l'interdit *uti possidetis*. Mais celui-ci se cumulait donc avec l'interdit *unde vi*, et ce dernier ne devenait-il pas inutile ? Erreur ; cha-

C'était, du reste, l'application des principes généraux. La possession, en droit romain, pouvait se perdre par un changement dans l'*animus* (1), mais il fallait déclarer formellement, directement sa volonté : la perte de possession ne se réalisait pas par une simple absence de volonté. Ainsi le *furiosus* ne peut jamais perdre la possession *animo* (2).

Ainsi toute induction tacite résultant des circonstances et notamment de l'exercice de l'action en revendication n'avait aucune valeur.

Ces principes sont bien exacts alors qu'il s'agit de l'emploi de la *formula petitoria*; mais, si l'on avait agi *per sponsionem*, il y avait arrangement des parties, convention, contrat à propos du rôle qu'ils jouaient dans la procédure, de l'attribution à l'un du rôle de

cun d'eux avait ses avantages; l'interdit *uti possidetis* supposait, pour être possible, que le *dejiçiens* était encore possesseur (L. 1, § 42, *De vi*, XLIII, 16); ce n'était pas nécessaire pour l'interdit *unde vi*, qui donnait droit en plus à des restitutions plus complètes. Ainsi les fruits étaient dus du jour de la violence (L. 1, § 40, Dig., XLIII, 16), alors qu'ils étaient dus seulement depuis l'émission de l'interdit dans l'interdit *uti possidetis*. Mais ce dernier avait l'avantage de permettre à celui qui triomphait de continuer l'usucapion antérieure qui était censée n'avoir pas été interrompue.

(1) L. 3, § 6, Dig., XLI, 2, et L. 17, § 1, *eod. lib. et tit.*

(2) L. 1, § 3, Dig., XLI, 2, la glose ajoute qu'il ne perd pas la possession *licet desinat habere animum possidendi : non tamen habet animum non possidendi*.

demandeur ; il y a eu accord formel entre eux au sujet de la possession.

Tout à l'heure il n'y avait eu entre eux aucun engagement ; mais ici il y a déclaration formelle et non plus seulement tacite : il y a perte de la possession *animo* pour le demandeur. Les textes semblent eux-mêmes confirmer ce point de vue. On lit au Digeste (1) : « Il faut distinguer s'il a été convenu de la possession : s'il y a eu convention, c'est définitif ». Et c'est à notre cas, sans doute, qu'il est fait allusion, car le texte suppose qu'il s'agit d'une instance relative à la propriété. « Inter litigatores quotiens est proprietatis controversia aut convenit inter litigatores uter possessor sit uter petitor aut non convenit ».

Ainsi la procédure *per sponsionem*, une fois qu'elle était engagée, devait entraîner l'impossibilité d'user plus tard des interdits : voilà un effet caractéristique qui m'a paru découler logiquement des principes.

Cela étant, on comprend la persistance de cette forme. Aussi put-elle subsister tant que dura le système formulaire. Nous ne savons rien de précis. Toujours est-il qu'elle disparut lorsque l'instance ne fut plus divisée en deux phases, lorsqu'on ne sépara plus le *jus* et le *judicium*, car elle n'était qu'un moyen de donner naissance au *judicium*.

(1) L. 1, § 3, Dig., XLIII, 17. Voir Pothier, *Pandectes*, t. III, p. 128.

CHAPITRE VII

DU ROLE DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM DANS LES EXCEPTIONS ET LES PRÆJUDICIA

L'exception désigne, en droit romain, cette espèce de défense fondée sur un droit indépendant qui appartient au défendeur; elle a pour but de faire rejeter la prétention du demandeur, quand bien même le droit qu'il allègue existerait réellement. J'entends, dans cette définition de l'exception, donner l'idée de sa nature intime, de son caractère intrinsèque. On l'a méconnue; on a confondu parfois son essence avec sa manière d'être, avec la forme sous laquelle elle s'exerce; et, à ce point de vue, ne faisant attention qu'au côté extérieur par où elle se manifeste, on l'a prise pour un phénomène passager, n'ayant eu, dans le droit romain, d'existence qu'à une époque déterminée, dans une certaine période de la procédure formulaire. En effet, à ce moment, et dans ce temps là seulement, l'exception fit partie de la formule délivrée au juge. Ainsi Zimmern écrit (1): « Elles n'ont pu apparaître

(1) Zimmern, *Traité des act.*, p. 278.

« sous les *legis actiones*, la forme qui y était suivie
« s'opposait à leur admission. »

On voit commise ici l'erreur que je signalais : on a confondu le fond et la forme des exceptions. Sans doute, comme forme de procédure spéciale, elles n'ont pas toujours existé ; elles supposent nécessairement, à ce point de vue, la séparation du *jus* et du *judicium*. Il est vrai que ce fait se produisit déjà sous les actions de la loi, au moins depuis la loi Pinaria (1). Mais les exceptions n'eurent une forme distincte que sous le système formulaire, et non pas au début peut-être.

Et, lorsque fut aboli l'*ordo judiciorum*, elles cessèrent de se présenter comme forme spéciale de procédure (2).

Elles demeurèrent, néanmoins, en réalité, avec leur même caractère : moyens de défense allégués par le défendeur et fondés sur des droits indépendants. Aussi Justinien s'occupait-il de la nature des exceptions dans les mêmes termes que les anciens jurisconsultes ; ce n'est pas, comme on l'a dit, une reproduction inintelligente d'une institution qui avait été frappée de mort ; le mot, tout en se rapportant aux anciennes formules d'actions, exprimait la nature intime des rapports juridiques, qui sont demeurés les mêmes.

Cela étant, ce serait une erreur de croire que, sous le

(1) Elle date de 280 ou 322, et peut-être que déjà avant cette loi, on connaissait la distinction du *jus* et du *judicium*.

(2) Savigny, t. V, p. 179.

système des *legis actiones*, aucune voie n'était ouverte au défendeur pour faire valoir des moyens de défense du genre de ceux qui, plus tard, seront utilement invoqués comme exceptions. On a dit que, tant que le préteur n'avait pas inséré l'exception dans la formule, l'*æquitas*, sans influence, ne pouvait tempérer la rigueur de l'ancien droit civil (1).

On placerait ainsi les Romains pendant plusieurs siècles dans un état d'abaissement moral incompatible avec la vraisemblance historique. Comment croire que, pendant un temps aussi long, les Romains n'aient connu aucun exemple de mauvaise foi, à laquelle on put opposer quelque chose de semblable à la *doli exceptio*, ou, si la mauvaise foi existait, comment les magistrats ne l'auraient-ils pas remarquée et n'auraient-ils pas donné contre elle une protection?

L'*æquitas* a toujours été reconnue; elle s'est placée de suite à côté des règles d'un formalisme étroit sorti tout d'une pièce d'une législation symbolique; et les rigueurs excessives de ce droit furent paralysées par des détours juridiques. Justinien lui-même est forcé de reconnaître et de constater la création d'exceptions par les lois ou sénatus-consultes (loi Cincia ou loi Plætoria) antérieurement au système formulaire.

Les innovations du préteur eurent deux effets : en

(1) Albrecht, *Die exceptionen des gemeinen civilprozess*, p. 3, 4 et 5.

premier lieu, donner à l'exception une forme particulière, qui n'était autre chose que l'addition d'une clause à la formule permettant de saisir en même temps le juge de l'exception et de la question principale, et ensuite développer plus complètement, et d'une façon plus satisfaisante, les règles sur l'équité qui s'étaient affirmées avec l'influence des jurisconsultes.

A toutes ces idées que je viens de développer, Gaius paraît donner un démenti formel au § 108, Commentaire IV ; parlant des *legisactiones*, il ajoute *nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*. Ce texte n'a pas toute la portée qu'on lui attribue ; tout ce qui en résulte c'est que, comme je l'ai dit, les moyens de défense qui seraient plus tard des exceptions ne se présentaient pas de la manière qui sera plus tard employée.

Quel était alors le procédé mis en œuvre ? On a parlé de l'intervention de la procédure *per sponsionem* et c'est par ce motif que je suis tenu de parler des exceptions.

On a présenté la *sponsio* comme le moyen primitif de les introduire en justice ; le défendeur, selon la théorie que j'énonce, provoquait à la *sponsio* le demandeur (1) : Me promets-tu 100 si j'ai contracté sous l'empire du dol ? Il y avait un débat principal organisé à ce

(1) Savigny, *Von die lex Plætorica*, p. 40 ; Maynz, I, p. 446.

sujet et si la *sponsio* du défendeur était trouvée juste, elle amenait pour le demandeur une *denegatio actionis*. Quant à la *legis actio*, elle s'accomplissait dégagée de toute exception.

Il faut juger cette opinion et voir ce qu'elle a d'exact. Je ne nie pas que la *sponsio* n'aurait pu intervenir ; mais a-t-il été dans l'usage d'y recourir ? Je ne le crois pas (1). On n'a jamais pu trouver à l'appui de la thèse que je combats, qu'un seul argument tiré de Plaute (2). Il s'agit de la loi Plætoria ; on sait son but : protéger les mineurs et empêcher les tiers d'abuser de leur inexpérience. A cet effet, on frappait d'une peine pécuniaire ceux qui les avaient circonvenus et cette peine devait être supérieure au dommage causé. A l'époque classique, elle avait, en outre, l'effet de permettre une exception. Ce n'était pas inutile, comme l'a prétendu Ihering : grâce à elle on empêchait d'aboutir l'action que le tiers pouvait intenter, outre la possibilité d'avoir la peine. Pour en revenir à Plaute, il s'agit dans sa pièce, d'un certain Labrax, qui, ayant perdu une valise pleine d'or, promet sur l'autel de Venus Cyrénéenne un talent à l'esclave Grippus, si celui-ci la lui rapporte. La valise est remise à Labrax et tout son effort est de se soustraire à l'accomplissement de sa promesse : « Cedo quicum habeam iudicem ni dolo malo instipu-

(1) Keller, § 36, Accar., t. II, p. 1196.

(2) *Rudens*, acte V, scène III, vers 24.

« *latus sis nive etiam dum haud siem quinque et viginti annos natus* ». On traduit : « Allons devant le premier juge venu et tu verras si je ne te prouve pas que ta stipulation est de mauvaise foi et que je suis mineur de vingt-cinq ans ».

Il y a là, dit-on, provocation à une *sponsio* dans laquelle s'engagera un procès où seraient soumises au juge les deux questions suivantes : La promesse de Labrax n'a-t-elle pas été surprise par dol, et n'est-il pas protégé par la loi *Plætoria* comme mineur de vingt-cinq ans. Cette interprétation n'est pas acceptée par tous. Je n'irai pas jusqu'à dire que le texte n'a pas en vue un moyen de défense tiré de la loi *Plætoria*, qu'il s'agit simplement de l'action organisée par cette loi, qui deviendrait possible par le seul fait pour le demandeur d'agir en justice, encore qu'aucun jugement n'ait été rendu.

Il est plus naturel de supposer que Plaute veut parler d'une instance préjudicielle à la question principale et qui aurait pour but de paralyser le droit du demandeur (1).

(1) Ihering, *Espr. du dr. rom.*, t. IV, p. 120, fait remarquer que Plaute commet une erreur juridique dans le cas qu'il nous présente. Labrax n'avait pas besoin d'invoquer la loi *Plætoria* ; sa promesse n'était pas obligatoire ; Labrax avait seulement prêté serment d'accorder une récompense à qui trouverait un objet perdu, ce qui ne crée aucun lien juridique : Labrax le savait (act. V, scène II, v. 46).

Mais c'est torturer singulièrement le texte que d'affirmer qu'il prévoit le cas d'une *sponsio*. Dans son sens le plus naturel, il veut dire : Je consens à plaider si le magistrat ne reconnaît pas que ma promesse est le résultat d'un dol et que je suis mineur de vingt-cinq ans.

Ce qui veut dire qu'à propos des défenses qui deviendront des exceptions dans la procédure formulaire, il y aurait eu *cognitio extraordinaria* à l'origine, examen du magistrat. Et telle a dû être souvent la solution, car elle était naturelle ; le magistrat accordant une protection à des rapports non prévus par le droit en vigueur, et ne pouvant par conséquent prescrire une marche légale de la procédure, devait rechercher lui-même si les faits méritaient l'attention et quel compte il en fallait tenir (1). Cet examen du préteur n'intervenait pas pourtant dans tous les cas. Nous allons, pour terminer, dire quelques mots des procédés qui furent employés à l'origine, pour permettre de tenir compte des prétentions du défendeur qui n'étaient pas la contradiction directe de celles du demandeur.

Dans son livre sur l'*Esprit du droit romain*, Ihering s'en est expliqué magistralement, et nous ne saurions mieux faire que nous inspirer des principes qu'il a établis.

Ce qu'on chercha, ce ne fut pas de restreindre les moyens du défendeur, on voulut uniquement limiter la forme de leur usage.

(1) Maynz, t. I, p. 379.

Aussi le défendeur avait toujours le droit, s'il le voulait, d'intenter à son tour une action récursoire contre le demandeur, de soulever contre lui un procès spécial. Pourquoi le forcer à ce moyen? Pour l'empêcher, par esprit de chicane, de traîner en longueur les procès, le défendeur avant de former une demande nouvelle réfléchit à ses droits, bien plus que s'il pouvait soulever un incident au procès principal. L'inconvénient, c'est qu'il faut alors des comparutions plus nombreuses en justice et des pertes de temps. Au début, c'était à Rome sans importance : le territoire était peu étendu, et la valeur du temps n'était pas d'un prix infini pour les citoyens qui regardaient comme une honte de se livrer à l'industrie et au commerce.

Mais hors de là les moyens du défendeur étaient souvent examinés en même temps que les prétentions de son adversaire, et malgré cela on conserva dans sa rigueur le principe de l'unité d'action, c'est-à-dire que le juge n'avait jamais dans une instance qu'à trancher un point unique. Comment y arriva-t-on? Par des procédés divers, dont nous allons dire un mot.

On donna d'abord à la formule d'action un contenu assez large pour laisser place à certaines défenses. Ainsi il y a eu un prêt entre deux personnes, et le prêteur demande le remboursement. Si la formule avait été : « Si le demandeur a prêté 100, le juge condamne le défendeur », le défendeur n'aurait pu alléguer qu'il avait rendu la somme prêtée : c'était une assertion po-

sitive nouvelle. Aussi la formule fut composée de manière à embrasser les deux assertions et permettre au défendeur d'opposer comme dénégation directe à la demande la restitution des écus; pour cela elle fut conçue au présent de l'infinitif; on visait l'existence actuelle du droit, il fallait tenir compte de la remise de l'argent prêté.

Aussi a-t-on dit avec raison, l'action *in jus* est un de ces produits artistiques du formalisme qui caractérisent le haut développement du sens de la forme.

Ce moyen laissait de côté beaucoup de défenses : on les ramena à une dénégation de la demande principale. Ces défenses sont de trois sortes : ou bien elles tendent à établir que la prestation du demandeur a une origine défectueuse et que le vice qui l'entache a empêché la naissance de son droit ; ou bien elles s'appuient sur un fait postérieur à la formation du droit survenu après qu'il a été établi ; ou bien enfin, elles concernent un rapport juridique indépendant, distinct du droit du demandeur.

Que fit-on alors? On donna au conflit des deux prétentions une forme telle, que la seconde put exclure la première; le moyen de défense pris dans son sens technique acquit toute la souplesse désirable et embrassa l'exception. Ihering, qui pose ces principes, en a trouvé la preuve dans les textes, et il fait passer sous les yeux une série d'exemples, nous montrant les procédés mis en œuvre.

Tantôt le droit du défendeur, s'il est prouvé, a pour résultat d'écarter le demandeur; c'est ce qui a lieu si une personne achète ou prend à loyer sa propre chose (1), s'il y a action de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*, lesquels doivent faire la déduction des créances que leur adversaire peut invoquer contre eux (2). S'il s'agit de la restitution par le mari de la dot de sa femme, il a paru équitable aux juriconsultes d'accorder au mari un droit de rétention à raison des impenses nécessaires. Aussi l'on dit : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*. C'était facile à appliquer, lorsque l'action *rei uxoriæ* eût une *intentio incerta* « *quantum æquius melius sit dare.* » Mais auparavant comment exiger que la femme opérât la déduction des impenses et demandât une somme fixe. Elle ne pouvait pas les connaître et n'avait pas à s'en rapporter à son mari. Aussi on créa une action préjudicielle sur la question suivante *quanta dos sit* (3). La même chose se produisait en cas de demande en délivrance d'un léga-

(1) L. 45, pr., Dig., L, 17.

(2) Paul, *Sent.*, liv. II, tit. V, § 3.

(3) Gaius, IV, § 44. On a proposé d'autres explications de ce texte. On a dit : une femme mourant *in matrimonio*, ses funérailles se payent sur sa dot et sur sa succession, proportionnellement à leur valeur; il y a donc une contribution à établir entre les héritiers de la femme et son mari qui garde la dot ou son père qui la reprend. Notre texte viserait ce cas; mais ainsi que le dit M. Accarias, t. II, p. 929, note 3, l'action

taire qui devait déduire en intentant l'action la quarte Falcidie (1), en cas d'action dirigée contre un père de famille du chef du pécule d'un esclave, afin d'établir sa consistance, déduction faite des créances naturelles que le *pater* a contre son esclave ou son fils et qui diminuent le pécule *ipso jure*.

D'autres fois, le défendeur pouvait forcer le demandeur à changer la formule. Il possédait par exemple l'usufruit d'un fonds. Au lieu de laisser intenter contre lui une action en revendication qui l'empêchait d'invoquer utilement son usufruit, il le forçait d'intenter l'action *negatoria*, de lui dire : *jus tibi non esse me invito utendi fruendi*.

De même, quelqu'un se disant l'héritier d'une personne vient réclamer la restitution d'objets héréditaires à qui les possède. Ce possesseur peut le forcer à inventer une pétition d'hérédité ou une action en revendication, suivant qu'il prétend lui-même au titre d'héritier ou affirme sur ces objets un droit de propriété (2).

funeraria était applicable en ce cas ; et d'ailleurs, Gaius parle plutôt de la détermination précise de la dot que de son importance, relativement à une autre masse de biens. On a dit aussi que ce texte s'appliquerait aux cas exceptionnels où la dot pouvait être promise sans qu'on en ait fixé la valeur. Peut-être, mais rien n'indique qu'on ait voulu se restreindre à ce cas spécial.

(1) L. 73, § 5, Dig., XXXV, 2, et L. 1, § 6, Dig., XXV, 3.

(2) L. 30, pr., Dig., XIX, 1.

On objecte contre cette idée que la prononciation de la formule des *legis actiones*, et par conséquent le choix de l'action avait lieu au début de la procédure et qu'alors le système était impraticable. Mais avant de fixer le point du litige les parties discutaient devant le magistrat, librement, sans être astreintes à aucune forme, l'action qui devait être délivrée.

Ajoutons enfin un dernier moyen d'arrêter le demandeur. Au lieu de créer à propos de tel fait important allégué par le défendeur, un moyen de défense légale qui fit échouer l'action du demandeur, on prit un biais (1). On maintint l'acte juridique intact dans sa validité abstraite, mais on frappa d'une peine celui qui tentait d'en obtenir l'exécution. Plusieurs lois furent établies en ce sens, *leges imperfectæ* (2), comme on les appelle. Telles furent la *lex Furia testamentaria* pour punir le légataire d'accepter un legs de plus de 1000 as, la *lex Furia de sponsu* pour obliger le créancier qui avait plusieurs cautions de partager entre elles son action, la *lex Marcia de usuris* pour limiter le taux de l'intérêt, la *lex Plætoria* pour protéger les mineurs de vingt-cinq ans (3).

(1) Ihering, t. IV, p. 108.

(2) Le même moyen fut employé dans le droit canonique à propos des intérêts; celui qui avait promis des intérêts par serment devait les payer quand on les lui réclamait; mais celui qui les recevait était forcé de les restituer.

(3) En outre, on créa une exception qui faisait échouer le

J'en ai dit assez pour montrer que la procédure ancienne avait prévu et réalisé le but auquel l'exception, en tant que forme spéciale de procédure, atteignit plus tard; il y eut même une remarquable puissance d'invention dans l'emploi des moyens.

L'un de ces procédés, ai-je dit, a consisté dans l'établissement d'une instance préjudicielle : elle servait à établir le montant de la dot diminuée des impenses nécessaires, à établir le montant du legs par rapport à la fortune du défunt pour permettre la déduction de la quarte Falcidie.

A quelle époque fut-elle établie et sous quelle forme se présentait-elle? Nous n'avons pas à le rechercher ici. Était-ce le magistrat qui faisait l'évaluation ou bien l'affaire était-elle renvoyée au juge? Et comment était-il saisi? Si l'instance exista lors des actions de la loi, c'était le lieu sans doute d'user de la *judicis postulatio* (1) et dans la procédure formulaire il y avait une formule adressée au juge comme dans tous les cas. Du reste, peu nous importe : ce qui est certain, c'est que la procédure *per sponsionem* ne pouvait s'appliquer, car

demandeur dans son action; elle existait déjà au temps de Plaute, comme nous l'avons vu.

(1) Il est généralement admis que la *judicis postulatio* est aussi ancienne que l'*actio sacramenti* dont elle était le complément indispensable, s'appliquant à des contestations dont la nature ne pouvait s'accommoder des formes rigoureuses de la procédure *per sacramentum*. Kel., p. 69.

une réponse quelconque faite à son sujet ne pouvait donner satisfaction à l'intérêt cherché, indiquer par exemple quel était le montant de la dot. Ceci dit, on peut ajouter à propos de cette instance, qu'elle était préjudicielle. Qu'est-ce à dire ? En règle générale, celui qui agit en justice ne cherche à démontrer son droit que pour le faire de suite sanctionner, il poursuit une condamnation.

Par exception, il est des cas où l'action ne tend pas à ce but, où le juge n'a ni à condamner, ni à absoudre et tout l'avantage du gagnant consiste à pouvoir plus tard se prévaloir de la chose jugée pour prévenir un nouveau litige ou le trancher : voilà ce qu'on appelle les *præjudicia*.

Nous n'avons pas à en détailler les différents cas. Ils n'ont pas trait seulement à des questions d'état comme celles d'ingénuité, de liberté, de patronage, de paternité, de filiation et autres (1); les commentateurs de droit romain avaient cru que c'était là tout leur domaine; mais on trouve dans Gaius, les Sentences de Paul ou même le Digeste, divers cas se rapportant à des intérêts purement pécuniaires : *quanta dos sit* (2), « les *sponsores* ou *fidepromissores* ont-ils été avertis, « comme le veut la loi, de l'étendue de leur obliga-

(1) V. au Code, L. 1, 2 et 4, liv. VII, tit. XXI; L. 1, § 2, Dig., liv. VI, 1, et L. 3, § 4, Dig., XXV, 3.

(2) Gaius, IV, § 44.

« tion (1) », *an res de qua agitur major sit centum sestertiis* (2), *an bona venierint* (3).

Lorsque le système formulaire eut reçu tout son développement, ils donnèrent lieu, comme toutes les actions, à une formule qui avait ce caractère d'être dépourvue de *conlemnatio* et réduite alors à une *intentio* qui se présentait sans doute sous cette forme, *judex isto præjudicio quaerito an. ...*

Ces formules, nous dit Keller (4), durent être créées assez tard : celles que l'on établit en premier lieu concernaient exclusivement la demande principale où une condamnation devait intervenir.

Quelle fut la forme admise pour les faire valoir au début ? On a fait intervenir ici encore la procédure *per sponsionem* et par son intermédiaire, a-t-on dit, sont nés les *præjudicia*. Il est entendu que j'entends parler des cas seulement qui pouvaient être résolus par oui ou par non, les seuls pour lesquels la *sponsio* pouvait intervenir.

On a voulu tirer argument d'un passage de Justinien disant que les *præjudicia* avaient un caractère analogue aux actions réelles (§ 13, Inst., *De act.*), *in rem esse videntur*. En effet, dit-on, elles ne présentent pas le défendeur comme obligé ; elles se rapportent le plus sou-

(1) Gaius, III, § 123.

(2) Paul, *Sent.*, liv. V, tit. IX, § 1.

(3) L. 30, Dig., XLII, 5.

(4) Kel., *Des act.*, p. 122.

vent à des questions d'état qui constituent de vrais droits absolus opposables à tous ; elles sont, par conséquent, les droits réels dans l'acception la plus large du mot, de là elles durent suivre la même procédure, comporter l'application de la procédure *per sponsionem*.

Mais la division des actions réelles et personnelles, la plus générale de toutes sans contredit, concerne seulement les droits qui composent le patrimoine (1). *In rem esse videntur*, dit Justinien à propos des *præjudicia* : une ressemblance n'est pas une analogie (2). Et puis la ressemblance ne peut se concevoir là que relativement aux *præjudicia de statu*. Dans les autres cas il n'y a plus à faire le même raisonnement : il faut donc l'écarter.

Faut-il, en même temps, affirmer l'inexistence de la procédure *per sponsionem*? Ce serait une erreur. Cicéron dit formellement le contraire, et l'un de ses discours tout entier a pour cause une *sponsio* intervenue sur une question préjudicielle. Un certain Publius Quintius, absent de Rome, avait été l'objet d'une *missio in possessionem* accordée par le préteur Burrhiennius au profit de Nævius qui se disait son créancier. Quintius revient à Rome et il va plaider contre Nævius.

(1) Accar., t. II, p. 944.

(2) Mais je n'irai pas jusqu'à refuser aux *præjudicia* le titre d'actions, comme on l'a prétendu ; les passages contraires abondent (v. Gaius, III, § 123).

Mais celui-ci prétend exiger une *satisfactio*, *cautio judicatum solvi* : c'était imposé, on le sait, au débiteur contre qui avait été rendue une *missio in possessionem*.

Quintius refuse : il allègue que cette *missio* a été accordée à tort, que faire ? Dolabella (le préteur qui a succédé à Burrhiennius) : « jubet P. Quintium aut satisficare aut sponsionem cum Sexto Nævio facere, si bona sua ex ædicto Burrhiennii prætoris dies XXX possessa essent (1) ». Et Cicéron ajoute : C'était dur. Si la *sponsio* put intervenir sur l'ordre du préteur, elle n'était pas nécessaire ; le préteur dut lui-même souvent en connaître. Et d'abord, il avait un rôle préliminaire dont il faut dire un mot.

Les *præjudicia* dont j'ai parlé, se présentaient souvent dans des instances principales comme incidents ; une personne demande à une autre des aliments et se fonde pour cela sur des relations de parenté et de patronage. Il faut savoir avant tout si elles existent. J'aurais pu prendre un autre exemple. Il s'agit, d'une façon générale, d'une question préliminaire que soulevait le défendeur (2), ou même le magistrat d'office. Alors le préteur a un rôle. Il faut savoir s'il y a lieu de s'arrêter à cette question et en tenir compte. S'il est de cet avis, ou bien il refusera la formule au demandeur jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la ques-

(1) Cic., *Pro Quint.*, VIII.

(2) 1, § 1, Dig., X, 2.

tion préalable, ou bien il laissera le juge décider s'il faut s'arrêter et il inscrira dans la formule une *præscriptio* pour forcer le juge à dire : « l'instance principale doit-elle être suspendue jusqu'au jugement sur une autre question qui en est la base, et qui, plus grave et plus générale que la première, doit être résolue d'abord ». Ainsi deux procédés : il paraît que les deux moyens n'étaient pas employés indistinctement, et l'on a essayé avec les textes de préciser les cas d'application de chacun d'eux. Nous n'avons pas à entrer dans ces complications. Nous ne sommes pas ici, à proprement parler, en face de *præjudicia* au sens que j'ai indiqué ; mais telle est leur préparation, tel en est d'ordinaire le début. On peut dire même que c'est bien une question préjudicielle que celle de savoir si l'instance principale doit être suspendue : aussi les textes emploient souvent dans ce cas le mot de *præjudicium* (G., IV, § 133).

Allons plus loin et venons au moment où il s'agit de trancher le point qui a été la cause de la suspension de l'instance, de résoudre la question préjudicielle qui n'a pour but aucune absolution ou aucune condamnation. Si la *sponsio* pouvait intervenir, ainsi que Cicéron nous l'a fait voir, elle n'était pas le procédé exclusif.

Quelquefois, en effet, le juge, en même temps qu'il était saisi de l'action principale, décidait incidemment de la question préjudicielle. On n'organisait pas pour elle d'instance spéciale. Une constitution de Sévère et

d'Antonin le décide à propos de la pétition d'hérédité intentée dans une province : « Pertinet ad officium judicis qui de hereditate cognoscit universam incidentem quæstionem quæ in judicium deducitur examinare » (1). Mais il ne s'en occupait que sommairement (2) et la question pouvait être soulevée plus tard à nouveau entre les mêmes parties, soit principalement, soit accessoirement à une demande nouvelle.

Souvent aussi les *præjudicia* furent l'objet d'une *cognitio extraordinaria* (3) du magistrat. Ce dut être fréquent à l'origine et ensuite lorsque l'on s'approcha de l'époque de Dioclétien qui a établi la procédure extraordinaire. Aussi trouvons-nous au Code une constitution de ce prince qui nous dit que les présidents de province statuaient eux-mêmes : *Super hujusmodi quæstionibus judicare solet* (4).

Souvent aussi nous trouvons — et surtout au début, sous les *legis actiones* — les formes ordinaires du *sacramentum* employées à l'occasion de ce qui constituera plus tard les *præjudicia*.

Gaius (5) nous le dit pour le *præjudicium de libertate* qui n'était pas alors une vraie question préjudicielle et aboutissait à une condamnation. Lorsque fut créé le

(1) L. 1, Code III, 8.

(2) Accar., II, p. 932.

(3) L. 5, § 9, Dig., XXV, 3.

(4) L. 7, Code, VII, 21.

(5) Gaius, IV, § 14.

tribunal centumviral, il rentra dans leur compétence (1) et pour beaucoup d'auteurs (2), c'est à la fin seulement de l'époque formulaire qu'on créa pour lui une formule préjudicielle. Sous Gaius, elle n'existait pas encore, et c'est pour cela sans doute qu'en énumérant les *præjudicia* il ne parle pas de celui-là (3). Sous Justinien, l'évolution était accomplie.

Ces détails suffiront à montrer que ni les exceptions, ni les *præjudicia* n'eurent pour origine directe la procédure *per sponsionem* qui aurait été l'intermédiaire nécessaire. C'était ce que nous voulions prouver.

(1) Zimmern, § 65 et 66.

(2) Bonjean, *Des act.*, t. II, p. 253.

(3) Sans doute, il en fut aussi pour celui qui avait trait à la *patria potestas*, car les formalités de l'adoption telles que les décrit Gaius (I, § 134), prouvent qu'à l'époque primitive, deux personnes qui se disputaient la puissance sur un individu déterminé, devaient recourir à la procédure *per sacramentum*.

CHAPITRE VIII

INCONVÉNIENTS DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM

On a vu ce qu'était la procédure *per sponsionem*, ses avantages et ses principaux cas d'application ; il reste un dernier point à traiter pour être complet et donner une idée exacte de ce procédé : il faut parler de ses inconvénients. Ils sont importants à noter, car ils expliquent pourquoi la *sponsio* tomba peu à peu en désuétude et finit par devenir, à Rome, sans application.

Le premier reproche qu'on peut lui faire est de manquer de souplesse et de devenir par là d'un usage impossible en certains cas. J'ai montré déjà comment elle n'était pas un moyen d'une généralité absolue à propos des *præjudicia* et j'ai dit en prenant pour exemple l'action *quanti ea dos sit*, que l'emploi de la *sponsio* n'eut abouti à aucun résultat dans quelques hypothèses, car elle ne peut amener qu'une affirmation ou une négation, qui parfois n'ont pas leur place.

Mais, allant plus loin et dans les cas mêmes où leur intervention se concevait, la *sponsio* était inique ou

gênante car elle ne comportait pas de moyen terme. Il ne pouvait être question de plus ou de moins, ni d'une libre appréciation laissée au juge qui, statuant *ex æquo et bono*, tiendrait compte de cette foule de circonstances qui se présentent avec des nuances infinies dans les rapports de la vie sociale. Tout cela était impossible, tout cela était exclu par la manière dont le *judicium* était établi, par sa manière d'être (1).

Or, ces divers droits qu'on a coutume de distinguer avec précision soit dans la théorie, soit même en général dans la pratique des affaires, ne se présentent pas toujours dans la réalité des faits aussi complètement distincts, mais se trouvent, au contraire, souvent unis et combinés de telle façon que les effets de l'un se trouvent réduits, restreints d'une manière toute exceptionnelle, par le concours de l'autre.

Ainsi, le défendeur oppose au demandeur qui revendique la propriété un droit d'usufruit, ou bien oppose à une action *ex stipulatu* une convention postérieure qui a fixé, pour le payement, un terme plus éloigné que celui primitivement arrêté. En donnant, dans ce cas, une réponse absolue dans un sens ou dans l'autre, c'était consacrer l'injustice, car c'était sacrifier le droit d'une des parties. Aussi était-ce impossible, et, par le moyen des exceptions, on arrivait à tenir compte de ces faits. On lit, dans la loi Rubria, § 9 : *in sponsionem judicium exceptionem addito*.

(1) Kel., *Des act.*, p. 53.

Mais on y arrivait d'ordinaire par un détour. Je n'ai pas à revenir sur les moyens mis en usage, je les ai indiqués. Ou bien on laissait au magistrat le soin d'examiner et de juger lui-même le droit faisant échec à l'autre, le droit en collision avec le droit principal, objet direct du procès; ou bien on ramenait quelques-unes de ces allégations à une contradiction de la prétention du demandeur; ou bien, enfin, si l'on préférait, les faits mis en avant par le défendeur étaient soumis au moyen d'une seconde *sponsio* à un *judicium* préalable spécial; et, dans ces deux derniers cas, la demande principale était arrêtée; ce qui compliquait et prolongeait le procès.

Le défaut de célérité, tel était, en définitive, le résultat le plus clair de la *sponsio*. Il en fut ainsi lors même qu'eût été créé le système formulaire. A la suite de la *sponsio* délivrée par le magistrat, il y eut une formule *in sponsione* dans le corps de laquelle on pouvait bien insérer des exceptions. Mais, si elles ne devaient avoir pour effet que de diminuer la condamnation, que faire? Le juge devait, alors surtout qu'il y avait *sponsio præjudicialis*, se décider en faveur du demandeur, sauf à tenir compte, plus tard, des circonstances qu'il avait négligées pour un moment, en évaluant les condamnations, sauf à en modérer la quotité. Cette nécessité d'évaluer la condamnation était encore une cause de retard; elle tenait inévitablement à l'em-

ploi de la procédure *per sponsionem* : il faut s'en expliquer.

Dès que cette procédure intervenait, le procès portait sur le bien fondé de la *sponsio*. L'objet propre et extérieur de la mission du juge était de savoir si la *sponsio* du demandeur avait sa raison d'être, était juste. Elle était le procédé introductif d'instance, c'était sur elle que le débat roulait. Ce qui le prouve, c'est que le droit principal au sujet duquel était née la contestation n'intervenait dans la procédure que d'une manière accessoire et secondaire, comme condition de la décision à rendre (1); de là, le demandeur ayant réclamé 100 et le juge venant à s'apercevoir qu'il n'avait droit qu'à 50 devait prononcer l'absolution, car c'est à propos de la somme de 100 que la *sponsio* s'était engagée.

On ne faisait donc que statuer sur un point préjudiciel par rapport au droit principal. Celui-ci, sans doute, était implicitement tranché ; mais, pour en assurer les effets, de grandes difficultés s'élevaient : car la réponse donnée par le juge sur la *sponsio* ne déterminait pas les condamnations, ne permettait pas les voies d'exécution.

Peut-être en fut-il autrement dans l'action *certæ pecuniæ* : l'*intentio* portant directement sur une somme d'argent, il n'était pas nécessaire d'évaluer la préten-

(1) Ihering, *Esprit du dr. rom.*, t. I, p. 158.

tion reconnue comme juste du demandeur; de là on considérait peut-être le défendeur comme condamné par rapport à la dette principale (1).

Mais, hors ce cas, la sentence rendue sur la *sponsio* était insuffisante; et pour régler les satisfactions qui sont dues au demandeur, il faudra une procédure accessoire qui se déroulera devant le juge ayant statué sur la *sponsio* (2), et qui s'appelle sans doute *arbitrium litis æstimandæ*, dont le but sera d'arriver à une condamnation. De là des retards.

Ce n'était pas, il faut le dire, une imperfection particulière à la procédure *per sponsionem*, il existait déjà dans les *legis actiones*. Valerius Probus nous en atteste l'existence et la loi des Douze-Tables peut être invoquée dans le même sens. On lit (3): « Si falsam vindiciam tulit, vindiciarum prætor arbitros tres dato, eorum arbitrio reus fructus duplione damnum decidito ». Ainsi le préteur devait nommer trois juges du procès et par leur décision le perdant devait être tenu de payer le double des fruits. C'était la suite du jugement rendu sur le *sacramentum*.

Mais sous les *legis actiones*, l'inconvénient fut moindre que dans la procédure *per sponsionem* à cause de la règle énoncée par Gaius que les condamnations pouvaient porter sur la chose elle-même. De là, lors-

(1) Keller, *Des act.*, p. 111.

(2) Cic., *Pro Cec.*, 33; *Pro domo*, 29; *Pro Milano*, 27.

(3) V. Festus, liv. XIX, *Vindiciæ*.

que le *sacramentum* était déclaré *justum* à l'égard du demandeur, il put sans doute se mettre, dès ce moment et sans autre procédure subséquente, en possession de la chose qu'il réclamait, et l'autorité publique devait au besoin lui prêter main-forte. Nous n'avons, à ce sujet, aucun renseignement précis. Mais pourquoi aurait-il fallu autre chose que la sentence sur le *sacramentum* lorsqu'il n'y a pas d'évaluation à faire, lorsqu'on réclame un esclave, par exemple ; en effet, un jugement accessoire aboutirait précisément au même résultat : elle est inutile.

Mais l'*arbitrium litis æstimandæ* gardera néanmoins certaines applications ; elle interviendra lorsque la remise de la chose en nature sera impossible par le dol du défendeur ou serait insuffisante à raison des fruits qui ont été consommés : c'est justement ce dernier cas que prévoit Festus dans le passage que j'ai cité qui corrobore ainsi cette théorie.

Fallait-il pour cette évaluation une instance distincte, ou donnait-on au juge en même temps que le devoir de statuer sur la *sponsio*, la mission accessoire, s'il y avait lieu, de déterminer le montant de la condamnation ? On se range d'ordinaire à ce dernier avis (Kel, *Des act.*, p. 66 ; Maynz, I, p. 652 ; Ihering, *loc. cit.*, I, p. 188).

Je viens de dire que, dans tous les cas, la procédure *per sponsionem* aboutissait à une condamnation pécuniaire. C'était encore un inconvénient : le demandeur peut avoir intérêt à obtenir en nature la chose qu'il ré-

clame. Il avait reçu satisfaction à ce point de vue dans la procédure des actions de la loi. Gaius en donne la preuve, tout en constatant à propos du système formulaire que le principe était changé : « Etsialiquod corpus « petamus iudex non ad ipsam rem condemnat eam « cum quo actum est, sicut olim fieri solebat (1) ».

Quelle a été la cause de la transformation ? Pour M. Ihering elle était inévitable — et il a en vue surtout la revendication — à la suite d'un grand nombre d'obligations accessoires dont on vint à tenir compte, et à propos desquels une condamnation pécuniaire seule se

(1) Gaius, IV, § 48. On a donné de ce paragraphe une autre interprétation. Les mots *sicut olim fieri solebat* se rapporteraient au second membre de phrase : le juge ne condamne pas le défendeur à la chose même ; mais, comme cela avait lieu autrefois, il estime la chose et prononce une condamnation pécuniaire (Montagnon, Lyon, 1883, et Thaller, *Nouv. rev. hist.*, 1884, p. 459). On s'appuie sur la théorie de la *manus injectio*, dont la formule suppose une condamnation pécuniaire, sur ce qu'à l'origine des sociétés, toute violation du droit amène l'idée d'une vengeance qui se résout en une condamnation pécuniaire, sur l'impossibilité de comprendre comment serait né, sous le système formulaire, le principe des condamnations pécuniaires. On doit répondre que le texte de Gaius se lit difficilement de cette manière. Quant à la différence entre les *legis actiones* et la procédure *per sponsionem* ou formulaire, elle s'explique, si on se rappelle que sous les *legis actiones*, le point litigieux n'était pas l'objet d'une novation qui le transformait en un droit à de l'argent. Aussi cette interprétation n'est-elle nullement admise en doctrine.

concevait. Il en résulta que la prétention totale du demandeur fut évaluée en argent.

Et pour appuyer sa théorie, M. Ihering ne dédaigne pas d'entrer dans les détails. La revendication, dit-il, fut pleine de côtés obligatoires ; elle ne fut même plus qu'une action personnelle passivement déterminée par la possession ; en effet, en l'intendant, on réclamait l'accomplissement d'obligations qui avaient pris naissance au cours du procès, soit dans l'intérêt du demandeur, soit dans l'intérêt du défendeur ; je veux dire, par exemple, qu'il était tenu compte du *dolus præteritus* et de la valeur des fruits, soit qu'ils existassent encore entre les mains du possesseur de bonne foi ; de même le défendeur eut droit d'être indemnisé de ses impenses. A l'origine, il en était autrement : le *dolus præteritus* n'était pas pris en considération, pas plus que les impenses du défendeur. La preuve, c'est la forme par laquelle on les fait valoir : *l'exceptio doli*. Quant aux fruits perçus avant l'instance, s'ils avaient été consommés par un possesseur de mauvaise foi, il fallait pour eux recourir à une action personnelle distincte ; et s'ils restaient encore aux mains du défendeur, ils ne pouvaient être revendiqués, car ils sont des *res nec mancipi*, qui ne peuvent dans l'antiquité faire l'objet d'une action en revendication ; du reste, l'eussent-ils été, il n'y aurait rien à en tirer, à notre point de vue, il n'y aurait pas à parler pour eux de rapport personnel.

L'action en revendication était arrivée aussi à comporter des obligations entre les parties au cours du procès. Le défendeur fut tenu d'une certaine *diligentia* et l'on fit intervenir, pour la consacrer, l'idée de la *mora* qui appartient au droit des obligations et qui rend jusqu'à un certain point responsable du cas fortuit. Le défendeur fut en outre tenu par l'action en revendication, — qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, — des fruits qu'il avait perçus durant le procès. Sous les actions de la loi, l'évaluation était faite dans une instance particulière par une juridiction spéciale composée de trois arbitres qui condamnaient au double des fruits par suite de la notion de vol qu'on avait fait intervenir en disant que celui qui détient illégalement des choses portant des fruits, cause un dommage spécial au propriétaire (1). De là une réparation spéciale garantie par les *prædes litis et vindiciarum*. Il en résulte, dit-on, en manière de conclusion, que tous ces rapports d'obligation étant à l'origine écartés, le demandeur pouvait obtenir la restitution de sa chose en nature ou plutôt il pouvait se mettre en possession de sa propriété, le défendeur étant tenu seulement de ne pas y mettre obstacle. Ce système dut être changé dans la suite.

Ces diverses remarques sont fort ingénieuses et intéressantes à noter ; mais rendent-elles compte de l'é-

(1) Maynz, t. I, p. 409.

volution qu'on veut expliquer ? Outre que ces divers rapports d'obligations n'étaient pas tous peut-être pris en considération lorsque fut créée pour l'action réelle la procédure *per sponsionem*, comment auraient-ils empêché une condamnation en nature ? Tout leur effet aurait dû être d'y ajouter certaines réparations pécuniaires. Cela est si vrai que la procédure extraordinaire, ayant pris à Rome la place du système formulaire, les condamnations en nature devinrent possibles, et l'on continua pourtant à tenir compte des mêmes faits engendrant entre les parties des liens personnels.

La cause du changement est ailleurs. Dans la procédure *per sponsionem*, il intervenait, au début du procès entre les parties, un contrat, une promesse émanée du possesseur qui y était contraint par son adversaire ; dans cette promesse se trouvait embrassée la question de propriété, et le procès s'engageait sur le bien fondé de l'engagement. Or, cette *sponsio* — et, sous le système formulaire il faut lui assimiler la *litis contestatio* — eut un effet qui était inconnu sous les *legis actiones* ; elle substitua au droit réel déduit en justice un droit nouveau qui, à raison de sa nature contractuelle, consista toujours en une créance. La conséquence fut de traiter le propriétaire comme un simple créancier, et on fit abstraction de son droit sur la chose pour le remplacer par la faculté d'obtenir une somme d'argent (1).

(1) Accar., t. II, p. 834.

C'est là qu'il faut chercher l'explication. On en a donné d'autres. On a dit : les pérégrins ne pouvaient ni subir ni exercer la *manus injectio* et la *pignoris capio*. De là, lorsqu'ils étaient créanciers ou débiteurs d'un Romain, l'usage de condamner à de l'argent et de vendre ensuite les biens du condamné. Cette explication, dit M. Accarias, prend pour point de départ le caractère exclusivement national des anciennes voies d'exécution; ce point n'est pas absolument certain. D'ailleurs, il répugne de croire qu'une règle aussi fondamentale n'ait été déterminée que par la considération des pérégrins.

On a parlé enfin, pour donner la raison des condamnations pécuniaires, du fait qu'il n'y avait à Rome de procédé d'exécution que sur l'ensemble du patrimoine et non pas sur un objet déterminé; de là, le juge n'aurait pu condamner le défendeur à remettre une chose en nature. Il suffit, pour réfuter le motif, de constater que sous les *legis actiones*, malgré le principe qu'on invoque, il y avait néanmoins, comme dit Gaius, *condemnatio ad ipsam rem*.

Quoi qu'il en soit, le nouveau système avait une foule d'inconvénients. Je n'entends pas, en le disant, faire allusion aux actions personnelles. Pour elles, le procédé des condamnations pécuniaires était logique et raisonnable. Une personne est créancière d'une chose ou se trouve avoir droit à la prestation d'un fait; le jugement étant déclaratif et non pas attributif de droits,

le débiteur ne pouvait être contraint à transférer la propriété ou à accomplir un fait ; on liquide la condamnation par un équivalent ; et il est permis de préférer ce procédé au mode suivi de nos jours, qui, pour forcer le défendeur à exécuter le fait qu'on lui réclame, lui inflige par chaque jour de retard une peine pécuniaire : en effet, avec ce système comminatoire, on dépasse souvent le but et l'on accorde au créancier plus que ne le voulait son intérêt.

Mais s'agissait-il de droit réel, la loi romaine n'offrait plus les mêmes avantages. S'il était bon d'établir l'égalité entre ceux qui n'étaient titulaires que d'une créance et de faire subir à leurs droits une réduction proportionnelle, la théorie d'une contribution au marc le franc ne se conçoit plus en matière de droit réel, qui a précisément pour caractère de créer sur l'objet où il s'attache un droit de préférence. On aboutissait dans la procédure *per sponsionem* à supprimer en définitive toute différence entre les droits réels et les droits personnels.

C'était déplorable et je dois ajouter que la persistance du *sacramentum* dans les actions réelles, outre la raison que j'ai donnée plus haut, s'explique aussi par ce motif : en effet, sous les *legis actiones*, on connaissait les condamnations en nature.

Plus tard, lorsque l'action réelle put s'intenter par la *formula petitoria*, on paralysa l'inconvénient d'une condamnation pécuniaire qui restait théoriquement la suite

de la novation opérée par la *litis contestatio*. Le juge ordonnait au défendeur, si les débats lui donnaient tort, de restituer la chose objet du litige, prescrivait une satisfaction en nature ; et pour donner autorité et vie à ce *jussus*, les Romains avaient organisé une sanction en cas de désobéissance. Ce n'était pas seulement l'intervention du *juramentum in litem*, c'est-à-dire l'appréciation sur la foi du serment, faite par le demandeur, des réparations pécuniaires auxquelles il a droit : car alors le demandeur ne pouvait avoir droit, sans le consentement du défendeur, aux condamnations pécuniaires. — Mais en vertu de son *imperium*, le préteur faisait exécuter par la force publique l'ordre donné ; il avait conservé, même après l'organisation du *judicium*, la direction de l'instance, et il usait de ses pouvoirs dans l'intérêt du demandeur : les textes sont formels en ce sens (1).

Ainsi le demandeur avait le choix entre la restitution en nature et une condamnation pécuniaire. On

(1) L. 68, Dig., VI, 1. On vise le cas où le demandeur ne veut pas restituer ; le juge, dit Ulpien, fait appel à la *manus militaris*. Nous ne voulons pas entrer dans les détails. On a nié l'authenticité de ce texte, et on y a vu une interpolation de Tribonien ; mais s'il en était ainsi, on n'aurait pas mis les mots *manu militari*, car depuis 303, la force militaire ne pouvait plus être mise au service d'intérêts privés (1, Code, I, 46), et du reste, d'autres textes confirment la loi 68 (v. L. 46, Dig., VI, 1 ; 57, Dig., XXI, 2 ; 15, § 6, Dig., II, 8 ; 1, § 1, Dig., II, 3).

évitait par là les inconvénients qui se présentaient dans la procédure *per sponsionem*.

Celle-ci laisse donc place à plusieurs griefs : défaut de souplesse, lenteurs inutiles, nécessité d'une satisfaction par équivalent.

Ajoutons encore, et j'ai en vue ici la *sponsio penalis*, qu'elle pouvait être un moyen pour le plaideur opulent d'intimider le plaideur pauvre; celui-ci, malgré la conscience qu'il avait de son droit, pouvait hésiter devant les conséquences ruineuses qu'il pouvait subir et qui résultaient des risques de la *sponsio* (1).

(1) Bonjean, *Des act.*, II, p. 439. — Il ne faut pas trop insister sur le motif. On a conservé, en effet, en certains cas, dans notre loi moderne, le danger d'une amende à payer à l'Etat par celui qui succombe. Rien d'ailleurs n'est moins satisfaisant que cette partie de notre législation; l'appelant est puni d'une amende de 10 fr., quelle que soit la valeur du litige, peine tout à fait insignifiante et qui ne saurait arrêter personne. — En cassation, il faut consigner une amende de 165 fr., qui est perdue si le pourvoi est rejeté par la chambre des requêtes. Ce pourvoi est-il admis, l'amende n'est pas restituée, et si la chambre civile saisie à son tour se prononce contre le demandeur, celui-ci non seulement ne recouvre pas l'amende, mais il est condamné à une seconde amende égale à la première; c'est illogique, car un pourvoi qui peut avoir pour lui toute la chambre des requêtes et la moitié moins un des magistrats de la chambre civile, n'est certes pas un procès téméraire. — Ce résultat rigoureux tient à ce qu'on est encore aujourd'hui soumis au règlement du 28 juin 1738, fait à une époque où l'examen préalable de la chambre des requêtes n'était guère qu'une affaire de pure forme.

Pour toutes ces raisons elle tomba à Rome en désuétude. Et tandis que certaines formes de procédure romaine, par exemple, la nécessité d'une formule (1), se trouvent avoir chez nous quelques institutions qui s'en rapprochent, il serait impossible de rencontrer dans notre législation moderne quelque chose d'analogue à la procédure *per sponsionem*.

(1) Bonjean, *Des act.*, t. II, p. 415 et 416.

DROIT FRANÇAIS

DE L'INFLUENCE DE LA FAILLITE SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

INTRODUCTION

L'institution de la faillite a été créée pour mettre tous les créanciers sur un même plan et organiser une liquidation du patrimoine du négociant dans l'intérêt commun. Les sacrifices, — et il y en a toujours, — doivent être supportés par tous. « L'égalité dans le malheur », voilà le principe général.

Mais on ne pouvait l'appliquer d'une façon absolue ; car il était impossible de faire table rase de toute espèce de droit de préférence. S'il se conçoit équitablement, restreint aux créances chirographaires, il devait être sans force à l'égard des créanciers munis d'une

sûreté réelle dont l'effet est justement d'attribuer un droit exclusif.

Mettre la main sur ces garanties eut été une spoliation : il n'y fallait pas songer ; et malgré la répugnance de la loi des faillites pour toute situation de faveur, il a fallu en tenir compte. Il va donc arriver que deux catégories de créanciers se trouveront face à face, luttant chacune pour leur intérêt ; le législateur a dû se préoccuper du conflit et le régler.

Le créanciers hypothécaires conserveront leur situation préférable en principe. Mais le droit commun ne sera pas non plus maintenu dans son intégralité.

Nous aurons à voir les divers cas où une hypothèque constituée et inscrite selon le droit commun serait efficace avec tels effets déterminés, et nous indiquerons ce qu'elle deviendra en cas de faillite.

Notre but est de montrer quels changements subit la législation hypothécaire du droit civil. Nous ne nous occuperons donc pas de rechercher d'aucune façon la situation de la masse chirographaire, et nous n'aurons pas à étudier la possibilité qu'elle a de devenir créancière hypothécaire. Nous nous restreindrons à préciser le sort des hypothèques qui n'ont pas leur cause dans l'événement de la faillite. Le champ d'observations est assez vaste pour qu'on doive s'y cantonner, et nous ne l'étendrons pas à l'étude des autres sûretés réelles, privilèges, gage, nantissement.

Le législateur a compris que la préoccupation des créanciers chirographaires devait être de passer par un moyen quelconque dans les rangs des créanciers hypothécaires pour éviter la loi du concours. En effet, aux approches de la faillite, ils vont chercher à peser sur le commerçant pour se faire attribuer une hypothèque ; et leur débiteur qui se voit menacé de la ruine, conservant toujours l'espoir de jours meilleurs, va consentir à tout pour ajourner le dénouement.

Aussi le législateur a annulé certaines hypothèques constituées d'une manière suspecte ; il a considéré le moment où elles étaient intervenues, et suivant que l'époque inspirait plus ou moins de défiance, ou que l'acte du débiteur était plus ou moins repréhensible, elle les a fait tomber sous des conditions plus ou moins onéreuses.

Bien plus, lorsque les hypothèques ne pourront éveiller aucun soupçon de fraude et seront valables, elles ne resteront pas pour cela soumises aux règles ordinaires. La loi des faillites amène, on le sait, certains effets relatifs aux créanciers chirographaires, leur impose certaines obligations, les soumet à certaines restrictions de leurs droits, leur accorde en revanche certains avantages ; nous verrons que quelques-unes de ces règles doivent être étendues aux hypothèques.

Mais la complexité du problème a rendu inévitables

des lacunes, et plusieurs des solutions adoptées laissent place à la critique. Nous les verrons.

L'étude de cette réglementation, dans toutes ses parties, offre en ce moment un regain d'actualité à cause des tentatives répétées qui ont pour but de modifier la loi des faillites (1).

Avant de rayer de nos codes la loi de 1838, il est important de connaître à fond sa portée et d'en signaler les points faibles pour y remédier dans l'avenir.

L'étude des législations étrangères nous offrira, par leur comparaison avec la nôtre, une source précieuse pour dégager les meilleures solutions.

Il faut d'autant plus s'y reporter que la matière des faillites a été, dans la plupart des pays étrangers, l'objet de modifications récentes et le plus souvent d'une

(1) La première proposition de réforme a été déposée par M. St-Martin le 5 novembre 1881 (*J. off., Doc. parlem.*, 1881, p. 1841) ; la commission d'initiative saisie déposa son rapport le 25 février 1882 (v. *J. off., Docum. parlem.*, mars 1882, p. 388 ; le 15 mai 1882, la proposition fut prise en considération. Puis le gouvernement voyant la faveur qu'obtenait la réforme, déposa un projet ; M. Courcelle-Seneuil, rapporteur, déposa son rapport le 27 juillet 1882 (*J. off., Doc. parlem.*, 1882, p. 2295) ; enfin, M. Laroze déposa le 15 février 1884, un rapport au nom de la commission nommée par la Chambre des députés (v. *J. off., Doc. parlem.*, mars 1884, p. 228) ; enfin, nouveau rapport, le 25 février 1886. Le projet n'a pas encore été discuté en première lecture.

refonte totale analogue à celle qu'on veut réaliser en France (1).

(1) Citons ici les différentes lois les plus importantes des pays d'Europe relatives à la faillite, auxquelles nous aurons à nous référer souvent, avec l'indication des sources où on peut les trouver.

En Allemagne : loi du 10 février 1877, 3 liv., 214 §§ (v. lois de justice de 1877, texte allemand et français). Celle-ci a été rendue exécutoire le 1^{er} novembre 1879. A la suite, quelques lois furent rendues sur les points où la loi générale laissait place aux statuts locaux, notamment en matière hypothécaire : loi de Bavière, 23 février 1879; de Prusse, 6 mars 1879 (v. *Ann. lég. étrang.*, an. 1880, p. 108, 204, 214, 226, 238, 244, 251).

En Autriche : loi du 25 décembre 1868, en 257 §§ (v. Salles, *Loi des faillites* traduite) qui reproduit en substance la loi prussienne du 8 mai 1855; elle a été complétée le 6 mars 1884 par une loi sur l'annulation des actes faits par un insolvable.

En Angleterre : Act de 1883 (v. *Ann. lég. étrang.*, an. 1884, étude de MM. Lyon-Caen et Renault).

En Italie : Code de commerce exécutoire du 1^{er} janvier 1883, depuis la loi du 2 avril 1822; le liv. III est consacré à la faillite (art. 683 à 867; v. *Codice de commercio*, Florence, 1883).

En Belgique : loi du 18 avril 1851 sur les faillites, qui reproduit presque partout les dispositions de notre loi de 1838. Elle a été complétée par les lois du 26 décembre 1882 et 20 juin 1883, du 23 décembre 1886.

En Espagne : Code de commerce du 22 août 1885; le liv. IV est consacré à la faillite (art. 870 à 941).

En Suisse, un projet de loi a été déposé au conseil fédéral le 23 février 1886; chaque canton a actuellement son droit autonome.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NOTIONS HISTORIQUES

La faillite est essentiellement, dans notre droit moderne, une situation qui s'applique exclusivement aux commerçants. Si nous remontons pour en découvrir les origines, jusqu'au droit romain, il faut faire au début cette observation : que la procédure suivie contre les débiteurs insolvable qui ne pouvaient payer leurs dettes, était la même quelle que fût leur profession, qu'ils se soient livrés ou non au commerce. D'ailleurs les Romains, on le sait, lui avaient fait peu de place, car il amène avec lui le développement des richesses et du bien-être (1) qui énervent les forces d'un peuple.

On peut donc dire, qu'à ce point de vue, il n'y aura pas en droit romain à rechercher une trace quelconque de notre faillite. Mais si l'on considère les choses, abstraction faite de la considération de personne, on peut

(1) Sainberg, *De la fail. en dr. rom.*, p. 5.

dire que la procédure adoptée contre les débiteurs insolvables en tous les cas, ressemble à celle organisée dans nos lois pour les commerçants faillis (1). Il y avait une liquidation collective de leurs biens, l'envoi en possession était prononcé au profit des créanciers, soit d'accord avec leurs débiteurs, et alors elle s'appelait cession de biens, soit contre leur gré; dans ces conditions le débiteur était dessaisi de l'administration de ses biens qui étaient confiés le plus souvent à un *curator* agissant dans l'intérêt de la masse des créanciers; ceux-ci ne pouvaient souffrir des actes du débiteur, postérieurs à l'envoi en possession; des mesures de publicité étaient prises afin que tous les intéressés fussent avertis; il était procédé à la vente aux enchères par les soins d'un agent nommé par les créanciers. Pour ceux qui concernent les hypothèques, les textes n'indiquent aucune règle spéciale. On avait imaginé seulement pour tous les actes du débiteur faits en fraude des droits de la masse, l'action paulienne à titre de ressource auxiliaire permettant de les annuler sous certaines conditions.

C'était tout. Les Romains s'abstinrent d'organiser un mode de protection plus large fondé sur une présomption de fraude; il n'y avait pas non plus de concordat comme dans notre loi; les créanciers pouvaient seulement, si la majorité en somme était réunie, accor-

(1) Renouard, *Des fail.*, t. I, p. 29.

der à leurs débiteurs un sursis de paiement qui ne pouvait excéder cinq ans (1).

A la fin du droit romain cette procédure collective perdit de son importance et dans les cas où l'inexécution d'un jugement tenait non pas à l'impossibilité du débiteur de s'y conformer, mais à son mauvais vouloir, on organisa un mode d'exécution plus simple, introduit peut-être par un rescrit d'Antonin le Pieux (2) qu'on appela *pignus ex causa judicati captum*, consistant dans la saisie spéciale de certains biens que le magistrat autorisait sur la demande du créancier, qui conférait à celui-ci un droit de gage et le rendait sur ce bien préférable à tous les autres (3). Mais la procédure ancienne continuait d'exister à l'égard des insolvable. Elle était née des idées primitives relativement à l'exécution des jugements. Ils donnaient lieu à mainmise sur la personne du débiteur, à *manus injectio*; une transition naturelle amena à reporter l'exécution personnelle sur l'ensemble du patrimoine, émanation de son individualité et de le séquestrer dans sa totalité.

L'idée d'une procédure collective tenait donc à

(1) 8, Code, VII, 71.

(2) Accar., II, n° 782.

(3) La faillite ou plutôt la liquidation collective fut inconnue à Athènes et chez les Juifs (Thaller, *Fail. en dr. internat.*, I, p. 39 et 41; le prix de vente des biens du débiteur profitait au saisissant, sans qu'il ait à concourir avec d'autres créanciers.

des considérations juridiques et métaphysiques (1).

Aujourd'hui il n'y a plus à en tenir compte ; et si la faillite est établie, c'est dans un but utilitaire pour favoriser les transactions commerciales.

Et il en a été ainsi dans toutes les législations des peuples barbares ; le créancier n'a plus de droit direct sur la personne de son débiteur et par contre-coup sur l'ensemble de son patrimoine, il peut seulement saisir un bien déterminé qui forme comme son gage exclusif, car il n'a pas à subir le concours des autres créanciers qui viendraient au marc le franc. Pendant longtemps il en fut ainsi dans tous les cas, mais sous l'influence de praticiens éclairés, une liquidation collective parut utile. L'intérêt commun des créanciers était plus satisfait et par là le crédit plus favorisé.

Quelques coutumes de Flandre admirent les premières lorsqu'il s'agissait de banqueroutiers ou de débiteurs fugitifs, une administration collective de leurs biens, ayant lieu au profit de leurs créanciers et semblable à celle qui était instituée en cas de succession vacante. La ville d'Amsterdam eut de bonne heure, à cause de ses relations étendues et de son commerce maritime, un corps de loi sur les faillites (2). Mais c'est surtout dans les cités italiennes que les idées nouvelles reçurent leur application. Le commerce et surtout celui de

(1) Thaller, *Des fail.*, t. I, p. 8.

(2) Elles étaient connues sous le nom d'ordonnances de la commission des fonds désolés, qui date de 1639.

l'argent avait pris une importance considérable ; et l'on se préoccupa de la situation des commerçants qui cessaient leurs paiements. A cet effet, des règles furent introduites, destinées à protéger plus efficacement l'ensemble des créanciers contre les actes des débiteurs. Ce travail se fit à partir du xv^e siècle ; les villes importantes, surtout celles du nord de l'Italie : Florence, Milan, Venise, avaient chacune leurs usages ; ils n'étaient pas sans doute partout les mêmes, mais les intérêts identiques à sauvegarder avaient opéré comme un nivellement dans la législation, et sur les grandes questions régnaient des usages communs.

Le statut de Gênes qui date du xv^e siècle, est le plus remarquable et le plus intéressant à connaître.

Il servit plus que tout autre à inspirer les mesures qui furent introduites en France près de deux siècles plus tard.

Avant de dire quelques mots des règles admises et qui peuvent avoir quelque intérêt pour notre sujet, il faut faire une observation préliminaire.

Il ne faudrait pas croire que la faillite fût devenue une institution faite exclusivement pour les commerçants ; aucun texte italien, soit dans les statuts municipaux, soit dans les ouvrages des commentateurs n'en limite expressément l'application aux hommes de négoce. Au contraire Straccha, traite à part des faillies et des règles applicables aux marchands, ce qui prouve l'indépendance de la faillite (*decoctio*), et de la qualité

de commerçant (1). Il y a pourtant un lien entre les deux choses. « *Mercatores non quidem fortuna sed suo vitio quotidie rationis atque fortuna conturbare* », est-il dit quelque part ; de là, des précautions spéciales pour le cas de négoce. J'ajoute que les règles particulières que j'ai en vue étaient faites pour les juridictions municipales et ses justiciables, ce qui écartait les nobles, qui eux, n'y étaient pas soumis ; il ne restait plus guère alors que des banquiers et des négociants, ce qui rapproche les deux idées de faillite et de commerce.

Bien plus, en certaines villes, le commerce était si développé que tout citoyen était réputé commerçant. « *Est genuensis*, lit-on dans la Rote (2) *ergo mercator*, » Et dans ce cas, l'idée moderne était atteinte, mais il faut dire qu'en thèse générale il en était autrement.

En France la même observation peut être signalée.

Les documents législatifs ne déclarent pas impossible la faillite d'un non commerçant. Le seul argument littéral qu'on peut donner dans l'opinion contraire est tiré du préambule de l'ordonnance de 1673, présentée comme étant destinée à assurer la prospérité du commerce.

Mais les termes sont trop vagues pour fournir une preuve décisive et les auteurs sont d'ordinaire d'avis contraire ; selon Jousse, commentant l'ordonnance de

(1) Thaller, *loc. cit.*, I, p. 146.

[(2) Recueil des statuts de Gênes,

1673, la faillite se fait lorsqu'un banquier marchand ou autre personne se trouve hors d'état de payer ses créanciers. Il n'en résulte pas que la qualité de commerçant soit nécessaire pour être failli ou banqueroutier (1).

Il fait remarquer, d'ailleurs, que la déclaration de 1702 qui a créé préalablement à la faillite une période suspecte de dix jours ne concerne que les marchands, qu'il a fallu pour en autoriser l'extension un arrêt de la Cour des Aides de 1710. Ainsi, dans son esprit, les autres dispositions du statut des faillites concernaient les débiteurs quelconques. Merlin (*Répert., faillite et banqueroute*) cite divers arrêts qui ont reconnu pour banqueroutiers des non commerçants. Si l'on dépouille les déclarations royales du XVIII^e siècle se rapportant à notre sujet, on note que des mesures spéciales ont été prises à l'égard d'ustensiles et instruments de travail appartenant à des ouvriers mis en faillite. Or, les ouvriers, comme le dit une déclaration de 1704, ne faisaient pas partie des corps de métiers et l'appellation de commerçants ne pouvait leur convenir. Le plus souvent, sans doute, la faillite dut s'appliquer aux commerçants à raison de la nature des choses, puisqu'elle était faite dans un intérêt de trafic et de crédit ; mais il n'y avait là rien d'exclusif. Actuellement la faillite a

(1) Nicodème, *Exercice des commerçants*. Lyon Caen et Renault, t. II, n° 2529, p. 577, note 1.

été cantonnée, n'est possible que pour les commerçants ; mais l'initiative de ce changement est due aux légistes postérieurs à la Révolution.

Je n'ai pas ici l'intention d'apprécier à ce point de vue la législation actuelle, de rechercher s'il serait bon d'assimiler les non commerçants à ceux qui le sont, d'ailleurs on ne veut pas dire, bien entendu, qu'il faudrait supprimer la faillite et laisser dans tous les cas subsister le droit commun ; on se demande, tout au contraire, si l'extension de la faillite à tous les débiteurs insolvable ne serait pas un progrès et on est généralement d'accord pour l'affirmer. Quelques législations étrangères se sont déjà converties à ces idées, et ont généralisé la faillite. Il s'agit de savoir maintenant quelles étaient anciennement les règles de la faillite qui peuvent se rapporter à la législation hypothécaire, et comment le droit commun était modifié à ce point de vue.

En Italie, quelques principes s'étaient dégagés nettement. Y avait-il faillite, un syndic était nommé qui administrait les biens dans l'intérêt des créanciers ; à ce moment il y avait exigibilité des dettes à terme et desaisissement du failli ; aussi tous les actes faits par lui étaient annulés (1).

On avait établi également une période suspecte

(1) Straccha, *De decoct.*, III, 28 et IV, 10, 12 ; Scaccia, § 2, glose 5, n° 445.

précédant la faillite notoire qui variait, selon les villes, de deux jours à trois mois. Pendant ce temps les actes faits par le débiteur par extension de l'action paulienne, étaient réputés frauduleux : *Fallitus ergo fraudator*, disait-on, la règle était donc générale et s'appliquait aux hypothèques comme aux autres actes. A Gênes, on était moins sévère, seuls les paiements faits par le débiteur dans les quinze jours précédant sa faillite étaient rapportés et quelques auteurs autorisaient le débiteur à détruire la présomption de fraude et à faire maintenir l'acte en démontrant sa bonne foi (1).

Il pouvait également intervenir entre le créancier et le failli des arrangements stipulant à son profit des remises de dettes, et ces traités consentis par la majorité des créanciers obligeaient les autres, alors même qu'ils n'y auraient pas participé ou s'y seraient montrés hostiles.

Quelle était à ce sujet la position des créanciers hypothécaires, d'après la loi de Gênes qui nous donne seule des détails? Ils n'étaient pas soumis à des conventions faites pour les chirographaires ; il y avait un cas pourtant où il était homologué contre eux, c'était lorsque les sept huitièmes des voix de leur catégorie y avaient adhéré.

Il s'agit de passer maintenant à la France et de voir quelle place fut faite aux règles destinées à favoriser le commerce.

(1) Straccha, *De decoct.*, IV, 2 et 7.

Lorsqu'une législation spéciale commença à s'implanter, on s'occupa d'abord exclusivement des peines à prononcer contre des débiteurs de mauvaise foi (1), laissant presque de côté les précautions de droit civil à prendre pour diminuer les pertes des créanciers.

Pourtant l'influence des cités italiennes se fit sentir. Les négociants de Lyon vinrent à s'inspirer de leurs usages et un règlement fut arrêté entre eux le 2 juin 1667, homologué par arrêt du Conseil du 7 juillet. Déjà, auparavant, quelques essais avaient été tentés. On en trouve la trace dans les archives municipales, mais aucun principe n'était fixe (2). Du reste, en 1667, on n'organisa pas un système complet, on s'occupait presque exclusivement de ménager des privilèges et franchises aux marchands qui viendraient aux foires de

(1) Ordonnance du 10 octobre 1536, sous François 1^{er}. Il sera procédé contre les banqueroutiers à la punition corporelle et exposition au carcan et pilori. — Ordonnance de Charles IX, de 1560, art. 143 : « tous banqueroutiers qui feront faillite en fraude, seront punis extraordinairement et capitalement. » Des doutes s'étaient élevés sur ces expressions ; mais ils furent levés par des ordonnances postérieures. La peine de mort nous paraît exorbitante, à juste titre ; elle résultait de l'assimilation faite entre les banqueroutiers et les voleurs. — Ordonnance de 1579, sous Henri II (art. 205), et de 1582, évoquant les procès pour banqueroute. — Ordonnance de mai 1609, sous Henri IV. — Ordonnance du 15 janvier 1629, sous Louis XIII (art. 153).

(2) Thaller, *Fail.*, t. I. p. 62.

Lyon (1). On prévoit pourtant le cas de faillite ; le débiteur s'étant soustrait par la fuite aux poursuites de ses créanciers, ceux-ci mettront la main sur l'actif qui sera distribué entre eux au marc le franc. Et si, peu de temps avant la faillite le débiteur avait, par fraude, avantagé l'un de ses créanciers, l'acte sera annulé de plein droit. « Toute cession et transport faits sur les effets du failli sont annulés s'ils ne remontent pas dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ». On visait par là les actes les plus dangereux, mais rien n'était dit des hypothèques.

Le règlement de Lyon avait un cercle restreint d'application, mais il fut bien vu ; et il parut raisonnable de s'en inspirer et de le compléter. On s'occupa dès lors, sur l'initiative de Colbert, de réglementer la législation commerciale dans son ensemble et de songer à l'intérêt des créanciers : de là l'ordonnance de mai 1673, œuvre de Savary. Un titre (tit. XI), mais assez bref, qui se compose seulement de treize articles, fut consacré aux faillites et banqueroutes.

Si l'on s'en tient aux règles qui peuvent avoir un rapport quelconque avec les hypothèques, il y a peu de chose à noter.

Il faut savoir d'abord que la faillite ne produisait pas de plein droit le dessaisissement ; le débiteur conservait ainsi la faculté d'administration et de disposition

(1) Framery, *Etudes sur le dr. com.*, p. 24.

de ses biens au moment où il était le plus tenté d'abuser de ses pouvoirs. Sans doute la considération des peines qu'il encourait par sa faute pouvait l'arrêter; mais le danger n'en existait pas moins pour les créanciers contraints de subir, par l'exemple, les hypothèques constituées. Ils pouvaient, s'ils s'entendaient, appliquer contre le failli le principe de dessaisissement; mais le plus souvent il y avait des résistances, elles venaient, paraît-il, de personnes qui d'accord avec le failli se prétendaient créancières sans l'être réellement. Aussi la jurisprudence finit par suppléer au silence de la loi et elle admit que le failli était dessaisi, ne pouvait plus contracter de nouvelles obligations, conférer aucun privilège ou hypothèque (1).

Mais il n'en fut ainsi que dans les dernières années de l'ancien régime, l'ordonnance de 1673, n'avait pas posé la règle.

En revanche elle admit, comme cela avait lieu en Italie, des traités accordant aux faillis des remises et des délais si la majorité des créanciers (trois quarts en somme) y consentait. Mais ces traités ne seront pas opposables aux créanciers hypothécaires. « Les privilèges et hypothèques, dit l'art. 8, seront conservés sans que ceux qui en sont titulaires puissent être retenus de subir des traités emportant remise ou atermolement.

(1) V. le rapport de Courcelle-Seneuil sur le nouveau projet de loi, *J. des faill.*, an. 1884, p. 425.

D'après les commentateurs, il faut faire remonter à cette ordonnance la déchéance du terme : toutes les dettes du failli deviennent exigibles, quand même les termes des billets, obligations et lettres de change ne seraient pas expirés (1). La règle était-elle faite ainsi pour les créanciers hypothécaires? Les commentateurs gardent le silence, et nous verrons qu'actuellement encore il y a bien des difficultés.

Reste alors à savoir si certains actes n'étaient pas annulés lorsqu'ils étaient passés dans le temps qui précédait la faillite. L'art. 4 répondait à cette préoccupation : « Sont nuls tous transports, vente, cession ou donation de biens, meubles ou immeubles faits en fraude des créanciers.

Il faut remarquer que ce texte n'était en somme que le rappel du droit commun, l'application de l'action paulienne qui existait en dehors de la faillite. Et ce renvoi aux règles ordinaires était maladroit, car la nullité ne doit pas se restreindre aux seuls cas visés dans l'article, elle est générale (2).

De plus, la protection des créanciers était insuffisante, car il fallait dans tous les cas prouver la connaissance de sa situation chez le débiteur et même s'il s'agissait d'un acte à titre onéreux, la complicité du tiers ayant traité avec lui (3).

(1) Jousse, *Comment. de l'ordonnance* de 1673, p. 182.

(2) Pothier, *Traité des obligat.*, p. 153.

(3) J'ajoute qu'un édit de mai 1609 avait donné une solution plus absolue au regard de certains actes particulièrement

Quelques auteurs ont prétendu que l'art. 4 de l'ordonnance devait être entendu dans les cas d'une nullité de plein droit ; sans cela, dit-on, l'article aurait été inutile. Mais tous les auteurs modernes sont contraires à cette idée, et il semble que les commentateurs de l'ordonnance de 1673 sont du même avis (1).

Elle était à ce point de vue inférieure au règlement de Lyon plus énergique à propos de certains actes (2) ; on peut s'étonner comment elle ne s'était pas appropriée la règle qu'il avait créée.

Mais les considérations pratiques et l'influence de la jurisprudence amenèrent une modification qui était nécessaire. Une déclaration royale du 18 novembre 1702 proclama la réforme : « toute cession et transport de biens des marchands sont nuls et de nulle valeur s'ils ne sont pas faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. » C'était l'extension des usages lyonnais. Mais on alla plus loin ; souvent les négociants, dit-on au préambule de l'ordonnance, laissent rendre contre eux les sentences à la veille de leur faillite à l'effet de donner hypothèque et par là préférence aux uns, au préjudice des autres, ce qui cause des procès entre les véritables créanciers et les prétendus

suspects, en annulant tous transports, cessions, donations, ventes et aliénations faites aux enfants et héritiers présomptifs ou aux amis du débiteur.

(1) Lyon-Caen et Renault, II, n° 2722, p. 698.

(2) Thal., *Fail.*, I, p. 63.

créanciers hypothécaires sur la validité de leur titre ; il faut les éviter, et il ne faut pas non plus que des actes ou obligations passés devant notaire emportent de plein droit hypothèque au profit de certains créanciers mis ainsi dans une situation à part par le failli.

Aussi les actes ou sentences rendus contre eux n'entraînaient aucune hypothèque s'ils ne sont passés ou rendus dix jours au moins avant la faillite ; c'était une nullité de plein droit dans tous les cas et elle paraissait si nécessaire qu'on la rattachait aux ordonnances antérieures disant que la déclaration de 1702 n'était qu'une application de l'art. 4 de l'ordonnance de 1673 faite pour trancher des difficultés d'interprétation ; en réalité c'était un changement complet dans le système de nullité.

Si telles étaient les règles générales en matière de faillite, il faut signaler dans certains pays de coutumes une législation spéciale relativement à l'hypothèque légale de la femme.

Dans quelques coutumes la femme n'avait pas de plein droit une hypothèque pour garantir ses reprises, il lui fallait remplir quelques formalités de publicité, faire reconnaître en justice son contrat de mariage. Or, il arrivait qu'à la veille de la faillite les femmes qui, pour laisser au mari un crédit trompeur, n'avaient pas encore rempli les formalités voulues, prenaient leurs précautions et venaient ainsi primer les créanciers antérieurs. La fraude fut réprimée sévèrement et des dé-

clarations de 1718 et 1723 vinrent dire que si la femme n'avait pas fait enregistrer plus de trois ans avant la faillite, au greffe de la juridiction consulaire la plus proche, son contrat de mariage avec l'indication des sommes pour lesquelles elle devait avoir hypothèque, elle ne pouvait en invoquer aucune (1).

C'était bien. Mais ces dispositions s'appliquaient rarement, car d'ordinaire la femme a de plein droit hypothèque légale. Il en résulta bien des abus, et lorsqu'il s'agit en 1807 de rédiger le Code de commerce, Napoléon les avait présents à la mémoire et il inspirait Treilhard au Corps législatif lorsqu'il disait dans le langage emphatique du temps, dont nous avons heureusement perdu le secret : « Les malheureux créanciers
« étaient condamnés à passer leurs jours dans les pri-
« vations et dans les larmes pendant que la femme
« coulait des jours tranquilles dans la mollesse et l'oi-
« siveté » (2).

Aussi Napoléon voulait-il, par une réaction exagérée, stipuler l'indivisibilité de la fortune dans la société conjugale : la femme, selon lui, devait partager le malheur de son mari et il était honteux de la voir étaler un luxe insolent en face des créanciers (3).

Sans doute ! Mais était-il équitable de faire rentrer

(1) Nicodème, *Exercice des commerçants*, p. 654.

(2) Renouard, *Traité des fail.*, t. II, p. 148.

(3) Renouard, *Traité des fail.*, t. I, p. 148.

les biens personnels de la femme dans la masse affectée aux créanciers chirographaires (1)?

On ne l'a pas pensé, mais nous verrons que sans pousser jusque-là les conséquences, le souvenir néfaste de l'ancien droit fut la cause d'une rigueur excessive.

On sait que l'ordonnance de 1673, et auparavant l'édit de 1563, avait établi la juridiction consulaire, mais elle ne lui attribuait pas la connaissance des faits relatifs aux faillites; de là des conflits de juridiction, et un arrêt des règlements du Parlement de Paris, rendu le 7 août 1698, entre le lieutenant civil du Châtelet et les juges-consuls, dénia à ceux-ci le pouvoir d'homologuer les arrangements conclus entre le failli et la majorité des créanciers. En effet, dit l'arrêt, ils sont trop favorables aux marchands faillis et banqueroutiers dont ils sont les confrères; mais ce principe étant posé, on crut pouvoir sans inconvénient y déroger et l'on trouva que l'idée de défiance mise en avant n'avait pas l'importance qu'on lui avait prêtée.

Aussi des déclarations royales renouvelées presque chaque année (2) leur attribuèrent-ils compétence (3),

(1) Telle était la solution que proposait une circulaire adressée aux Chambres de commerce, le 18 juin 1806.

(2) La première remonte au 10 juin 1715.

(3) Du reste, avant d'admettre les créanciers à délibérer sur les contrats d'atermoiement et à donner leur avis sur les remises à accorder au failli, on devait vérifier leurs créances;

sauf à Paris, non pas qu'on craignît là plus qu'ailleurs, mais parce que tout leur temps était pris par les affaires qui rentraient dans le domaine direct de leur juridiction. Aussi la connaissance des faillites resta-t-elle au prévôt de Paris. D'ailleurs, dans certains cas, des arrêts du Conseil évoquèrent ces procès pour les renvoyer à des juges de leur choix (1).

Enfin il ne paraît pas que les juges consulaires aient jamais compétence dans les contestations entre créanciers à raison des privilèges et hypothèques qu'ils prétendaient, le débat était tranché par les tribunaux civils.

L'ancien droit étant indiqué, il faut passer maintenant au droit actuel. Le Code de commerce, dans la partie consacrée aux faillites, a remanié complètement par une loi du 28 mai 1838; la législation de 1807 pouvait donc être abordée ici comme étude historique. Nous croyons plus utile de lui faire une place dans chacun des chapitres suivants en la rapprochant constamment des dispositions aujourd'hui en vigueur. On saisira mieux ainsi la marche des idées et l'on expliquera plus aisément certaines règles actuelles.

une ordonnance du 13 septembre 1739 l'avait ordonné. Cette vérification était mieux faite par les juges consulaires qui connaissaient mieux la situation et pouvaient découvrir les fraudes plus facilement que les juges civils ordinaires.

(1) Tel fut un arrêt du conseil du 16 février 1780, à propos de la faillite d'un receveur des fermes générales renvoyé à la juridiction des gabelles de Moulins.

PREMIÈRE PARTIE

DES CAUSES DE NULLITÉ D'HYPOTHÈQUES AMENÉES PAR LA FAILLITE

Nous verrons ici dans quels cas cette nullité se produit, soit depuis le jugement déclaratif de faillite, soit depuis la cessation de paiements qui la précède, et nous parlerons, pour terminer, de la déchéance de l'hypothèque par suite du vote au concordat.

Toutes les fois que cette nullité a lieu, elle se présente avec certains caractères que nous aurons à préciser.

CHAPITRE PREMIER

DES EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE

Le jugement déclaratif de faillite amène, on le sait, le dessaisissement du failli; c'est une mesure énergique destinée à protéger les créanciers contre tous les actes par lesquels le débiteur pourrait diminuer leur gage.

La conséquence immédiate, relativement aux hypothèques, est donc que le failli n'en peut plus constituer. S'il s'agit d'hypothèques conventionnelles, aucun doute ne peut s'élever, mais les hypothèques judiciaires pourraient-elles naître? il n'y a plus à parler ici d'un acte qui serait accompli par le failli au détriment de ses créanciers. Mais depuis le jugement déclaratif, les créanciers chirographaires ont perdu le droit d'exercer des poursuites individuelles; un jugement ne peut donc plus intervenir en faveur de l'un d'eux lui attribuant un avantage quelconque. Il en pourrait pourtant être prononcé à propos des délits commis par le failli; supposons qu'il le condamne à

des dommages-intérêts, le remboursement de ces sommes ne serait certes pas garanti par une hypothèque judiciaire ; bien plus, elle ne serait même pas exigible sur l'actif de la masse qui n'a pas à subir les suites des actes du failli délictueux et contractuels, par lui faits depuis sa faillite. Si le jugement était au contraire intervenu relativement à un crime ou un délit commis par le failli avant la déclaration de faillite, la règle ne serait plus la même ; la Cour de cassation a une doctrine très sage (1). Elle distingue d'une part les dommages-intérêts qui naissent directement des faits ayant motivé la poursuite et qui affectent les biens du condamné comme toute autre obligation civile antérieure au jugement déclaratif de faillite, et d'autre part la condamnation aux frais et à l'amende qui n'ont d'existence que par l'arrêt de condamnation, lequel n'a point ici, comme pour les dommages-intérêts, un effet déclaratif qui peut faire rétroagir le droit du Trésor public d'une époque antérieure ; la masse n'aura donc pas à payer l'amende et les frais, mais elle sera tenue des dommages-intérêts.

Il n'y a pas à parler d'hypothèque.

Si l'on passe maintenant aux hypothèques dispensées d'inscription, elles ne peuvent pas naître non plus, car, bien que la loi les fasse naître par sa seule force

(1) Cass., 11 août 1857 ; D., 1857, 1, 345. Cass., 16 mai 1878, 5, 1880, 1, 53.

sans participation du failli, elle les attache à certains faits dont il est l'auteur et dont les conséquences ne doivent pas rejaillir sur la masse.

Ainsi le failli s'est marié ; la femme ne pourra pas se prévaloir sur les immeubles de son mari d'une hypothèque légale, en invoquant son mariage ; c'est un acte accompli par le failli qui ne peut préjudicier à la masse. Si le failli a été tuteur (1), il en sera de même. Ici la tutelle, à la différence du mariage, n'est pas le fait du failli ; l'acceptation de cette fonction n'est pas libre, et les créanciers ne peuvent lui reprocher d'en être investi. Mais l'hypothèque d'un mineur sur les biens de son tuteur résultait, dit l'art. 2135, de la gestion du tuteur, de la façon dont il administre la fortune du pupille, des actes qu'il a passés, et, par suite du dessaisissement ; ces actes de gestion de tutelle, comme les autres, ne peuvent nuire à la masse et grever son gage.

(1) Il ne faut pas croire que le failli ne puisse plus être tuteur ; sans doute, sa situation fera hésiter un conseil de famille à le choisir ; mais la tutelle légale continuera de s'appliquer, et les créanciers ne pourront l'empêcher. Indiquons toutefois un tempérament tiré de l'art. 444 du Code civil. Sont exclus de la tutelle et même destituables s'ils sont nommés : 1° les gens d'une incapacité notoire ; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. Il peut se faire qu'à raison des circonstances qui ont amené la faillite, il y ait lieu d'appliquer cet article (Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2662, p. 653, note 4).

Toutes les règles que nous venons d'énoncer, ne sont, appliquées aux hypothèques, que le rappel du droit commun, et on ne les trouve pas formellement écrites dans le Code de commerce.

Mais l'hypothèque on le voit, est un acte complexe ; son efficacité suppose la réunion de deux conditions : une convention notariée ou un jugement entre le bénéficiaire de l'hypothèque et celui qui la subit, à la suite une inscription de l'hypothèque sur les registres du conservateur.

Supposons que la première des formalités ait été régulièrement accomplie : l'hypothèque est née valablement avant le jugement déclaratif de faillite (nous verrons plus tard à quelle condition) ; pourra-t-on l'inscrire depuis le jugement déclaratif ? L'art. 448 répond négativement. « Les droits d'hypothèque valablement acquis peuvent être inscrits jusqu'au jugement déclaratif de faillite. » Passé ce moment, il sera trop tard. Cette solution est rigoureuse, et le motif qu'on donne d'ordinaire paraît insuffisant.

On parle d'égalité entre les créanciers. Si on avait, dit-on, laissé un certain délai pour s'inscrire, les créanciers hypothécaires les plus rapprochés habitant la ville où leur débiteur vient d'être déclaré en faillite, et connaissant les premiers sa situation se seraient empressés de s'inscrire, tandis que d'autres plus éloignés seraient venus trop tard pour obtenir un rang utile.

J'avoue que ce danger, très réel sans doute, ne sau-

rait justifier l'art. 448. On concevrait la règle qui l'a édictée si c'était la faillite qui mettait les créanciers hypothécaires en demeure de s'inscrire ; mais le droit commun leur permettait de le faire dès que la convention d'hypothèque avait été signée : ils n'ont pas usé de leurs droits dès qu'ils le pouvaient, ils ont commis une négligence et ils doivent prévoir que d'autres hypothèques pourraient être inscrites et leur être préférées (1). Qu'ils ne se plaignent donc pas, si la faillite étant déclarée, des créanciers plus diligents qu'eux se font de suite inscrire. Mais ceux-ci, dit-on, eux aussi ont tardé à s'inscrire, pourquoi leur faire une faveur ? On peut répondre que la reconnaissance de leur inscription n'eut été que l'application du droit commun, et d'ailleurs l'art. 448 atteint souvent des créanciers auxquels aucune faute n'est imputable. Ils ont reçu valablement une hypothèque la veille de la faillite, l'homme le plus diligent n'aurait pu s'inscrire avant le jugement déclaratif. Si donc l'art. 448 n'a eu pour but que le désir de mettre sur un même plan tous les créanciers hypothécaires, il se justifie difficilement.

Mais il s'explique plus aisément quand on le rattache à l'intérêt des créanciers chirographaires : ce que la loi a voulu, c'est fixer au moment de la faillite la situation de chacun au regard de la masse ; un créancier

(1) Viardot, *De l'influence de la fail. sur les privilèges et hypothèques.*

chirographaire ne peut, depuis ce moment, transformer son droit en un droit hypothécaire, il est juste que toute hypothèque qui n'a pas encore rempli les conditions voulues pour être efficace ne puisse achever de se former.

Au surplus, pour appuyer la règle, on a trouvé un argument juridique à côté du motif utilitaire. L'inscription est un acte confirmatif du droit d'hypothèque et la confirmation d'un acte ne peut se concevoir que lorsque cet acte lui-même est possible. Or, depuis le jugement déclaratif de faillite, aucune constitution d'hypothèque ne peut, je l'ai dit, frapper l'actif du débiteur.

Ce motif un peu abstrait était à noter, car nous allons en tirer une conséquence.

Supposons qu'un immeuble ait été acquis par le failli sans qu'il ait fait transcrire son titre d'acquisition, des inscriptions peuvent être prises même après la déclaration de faillite du chef des précédents propriétaires. En effet, il ne s'agit pas d'un créancier du failli qui veut se faire une situation à part, il ne s'agit pas d'une confirmation d'hypothèque consentie par le failli (1).

A l'inverse il ne faudrait pas dire que les créanciers du failli pourraient s'inscrire sur des immeubles

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 690, note 2; Aubry et Rau, § 272, note 24; Pont, *Priv. et hyp.*, n° 907; Trop'ong, t. III, 655 *ter*, *Des hypoth.*

passés entre les mains de tiers acquéreurs n'ayant pas encore fait transcrire leur titre. A raison du dessaisissement, une telle hypothèque ne pourrait être constituée, on ne pourra pas non plus la faire inscrire.

J'ajoute que le dessaisissement et les nullités de l'art. 448 n'existent qu'au profit de la masse ; mais la règle de l'art. 448 lui profite le plus souvent. On s'en rend facilement compte, si le syndic a fait inscrire de son côté l'hypothèque de sa masse ; mais quand même il ne l'aurait pas fait, l'inscription hypothécaire d'un créancier nuirait à la masse ; en effet, le tiers acquéreur ne voudra pas payer son prix, or, à défaut d'hypothèque la masse aurait eu le droit de l'exiger. J'ajoute encore que le prix ayant été payé, si le créancier hypothécaire s'était inscrit et s'il venait exproprier le tiers acquéreur, celui-ci recourrait contre la masse en lui réclamant le montant de ce qu'il aurait déboursé et en lui demandant, en outre, le plus souvent des dommages-intérêts (1). L'inscription du créancier aurait donc nui à la masse, pour qu'il en soit autrement il faudrait être en présence d'une aliénation à titre gratuit qui ne donne au tiers acquéreur aucun recours contre la masse.

L'art. 448 a donc une influence considérable sur le droit hypothécaire ; il faut déterminer d'une façon précise depuis quel moment il est applicable.

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 690, note 2.

Lorsque fut organisée par le Code civil la formalité de l'inscription, l'art. 2146 disait que les inscriptions n'avaient aucun effet lorsqu'elles étaient prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls ; et à cette époque la déclaration de 1702 encore en vigueur avait fixé un délai de dix jours. Puis vient le Code de commerce ; il garde le silence sur la nullité des inscriptions, laissant ainsi subsister le Code civil, mais il modifia l'étendue de la période suspecte, c'est-à-dire du temps où les actes passés par le failli sont déclarés nuls : « Le tribunal de commerce fixait l'ouverture de la faillite caractérisée par la cessation de paiements, et certains actes faits depuis ce moment étaient déclarés nuls ». Il en résultait un système rigoureux sur la nullité des inscriptions. Toute inscription prise depuis la cessation de paiements était inefficace.

La loi de 1838 a atténué cette sévérité ; les inscriptions prises pendant la période suspecte ne sont plus annulées de plein droit, et nous verrons quelle est leur valeur. C'est seulement depuis le jugement déclaratif de faillite qu'elles deviennent impossibles, ou plutôt elles tombent si elles sont prises le jour du jugement déclaratif.

En effet, il n'y a pas à s'occuper de l'heure précise où il est rendu. Les juges, lorsqu'ils statuent, ne mentionnent pas cette heure ; et il naîtrait, si l'on voulait en tenir compte, des difficultés incessantes ; d'ailleurs l'ar-

ticle 443 reporte formellement les effets du dessaisissement à la date de ce jugement, c'est-à-dire au jour où il est prononcé, et l'on doit donner la même solution pour toutes les conséquences qu'il amène (1).

La loi allemande de 1877 sur les faillites a adopté une solution différente. L'art. 100 prescrit au juge d'indiquer l'heure où est rendu le jugement déclaratif; à défaut d'indication, on suppose qu'il est rendu à midi. Quant aux actes faits par le failli le jour où il est prononcé, on présume, à moins de preuves contraires, qu'ils sont postérieurs à ce jugement.

Il faut savoir maintenant si l'art. 448 ne comporte pas quelque restriction; la loi ne les indique pas, mais la jurisprudence n'hésite pas à les reconnaître. L'idée qui domine ces exceptions, c'est que l'art. 448 ne s'applique pas aux inscriptions qui sont destinées, non à faire acquérir aux créanciers hypothécaires un rang qu'ils n'ont pas, mais à leur maintenir une situation antérieure.

Ainsi, d'après l'art. 2154 du Code civil, l'hypothèque a besoin, pour sa conservation, d'être inscrite à nouveau tous les dix ans sur les registres du conservateur, afin de faciliter les recherches et de rendre plus clair l'état de la propriété foncière. A défaut, leur effet cesse. Lorsque survient la faillite du débiteur, elle ne

(1) Amiens, 26 décembre 1854; S., 1856, 2, 563. Req., 21 mai 1878; S., 1878, 1, 398. Alauzet, t. VI, n° 2454; Boistel, n° 908, Observat. de M. Labbé; S., 1883, 1, 242.

dispense pas de renouveler l'inscription. En effet, l'hypothèque y est soumise, tant qu'elle n'a pas produit un effet légal, c'est-à-dire n'a pas attribué aux créanciers inscrits un droit individuel et déterminé sur le prix de l'immeuble. Or, la faillite ne met pas le créancier hypothécaire dans cette situation; du reste, si l'inscription n'avait plus besoin d'être renouvelée, ce serait bouleverser le régime hypothécaire, car le failli peut obtenir un concordat, être remis à la tête de ses affaires; il peut offrir, pour emprunter, des hypothèques sur ses immeubles, et les prêteurs seraient trompés s'ils n'avaient plus le moyen par l'examen de l'état des inscriptions, de savoir les dettes grevant l'immeuble. Ce serait ramener l'hypothèque occulte avec tous ses inconvénients; il n'en peut être ainsi.

Mais cela étant, les créanciers pourront, après la faillite, renouveler leur inscription et maintenir l'hypothèque avec son rang ancien. Nous supposons, bien entendu, que le délai de dix ans n'était pas écoulé lors de la faillite, car alors l'inscription ne pourrait avoir lieu faisant acquérir un droit nouveau (1).

Mais changeons un peu l'hypothèque; le délai de dix ans n'était pas écoulé lors de la faillite, mais il se termine peu de temps après; mais le créancier prétend

(1) Aubry et Rau, t. III, § 280, p. 275; Troplong, t. III, n° 660 *bis*; Duranton, t. XX, p. 228; Demang. s. Bravard, t. V, p. 288. Paris, 7 décembre 1831; D., 1832, 2, 77. Cass., 2 décembre 1863; S., 1864, 1, 57.

inscrire son hypothèque après la faillite et après l'expiration de dix ans. Quelques auteurs lui conservent cette faculté, mais nous ne croyons pas devoir la lui reconnaître, car, dans ce cas, l'inscription qui interviendrait n'aurait point un effet conservatoire; elle conférerait rang à sa date, et nous croyons que l'article 448 s'applique ici d'autant plus qu'il y a une négligence du créancier qui aurait dû se hâter.

La même solution doit être répétée pour les hypothèques légales de la femme mariée et du mineur. Tant que dure le mariage ou la tutelle, elles sont dispensées d'inscriptions et échappent ainsi à l'art. 448; mais, dans l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, elles doivent être inscrites en vertu de la loi de 1855, et l'inscription prise pendant ce temps lui conserve le rang que la loi lui avait attribué.

Passé ce délai, ils n'ont plus d'effet qu'à la date où l'inscription a lieu. Aussi, lorsque la faillite intervient après le délai d'un an, l'inscription ne peut plus être prise.

On l'a nié, sous prétexte que l'inscription, tout en étant indispensable ne devait pas être soumise au droit commun; que l'hypothèque continuait à garder quelque chose de sa nature primitive (1). Mais on n'a jamais pu définir et préciser cette notion, et elle doit être rejetée, car elle introduirait une foule de complications en

(1) S., 1882, 2, 122. Gauthier, *Journ. du pal.*, 1863, p. 502.

créant une catégorie obscure d'hypothèque mixte; aussi la Cour de cassation leur applique résolument le droit commun (1).

Ces deux exceptions étant admises, on en a proposé d'autres où il ne s'agit plus, à vrai dire, d'inscription conservatoire, mais où l'équité voulait qu'elles puissent intervenir pour conférer un droit nouveau.

L'art. 2151 du Code civil restreint rigoureusement l'effet de l'inscription hypothécaire au capital et aux intérêts pendant deux années et l'année courante; si l'on veut davantage, il faut prendre une inscription particulière qui garantisse à sa date les intérêts échus auxquels l'art. 2151 ne s'applique pas. Or, un créancier hypothécaire, lorsque son débiteur tombe en faillite, avait une inscription qui lui assurait le paiement de tout ce qui lui était dû. Puis les intérêts continuant à courir, une portion reste en dehors du domaine de l'hypothèque, pourra-t-il prendre à cet égard une inscription particulière? Sans doute elle fera acquérir un droit nouveau, mais il n'a commis aucune négligence (2); l'art. 2151 ne peut se concevoir que si la limitation de l'inscription primitive est tempérée par la possibilité d'inscription particulière (3). Du reste, elle

(1) Cass., 17 août 1868; S., 1868, 1, 377.

(2) De là, si lors de la faillite les intérêts n'étaient pas tous garantis, une inscription ne pourrait plus intervenir.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2714; Renouard, *Fail.*, I, p. 399.

n'aura d'effet qu'à sa date, et le syndic peut en paralyser l'effet au regard de la masse en inscrivant l'hypothèque légale à laquelle elle a droit.

Ce dernier résultat a paru choquant à quelques auteurs, et ils ont prétendu que la faillite emportait pour les intérêts dispense d'inscription particulière, qu'ils étaient tous garantis à la date de la première inscription. Mais rien dans la loi ne motive la dérogation ; tout au contraire, l'art. 445 en stipulant que les intérêts continuent à courir pour les créanciers hypothécaires, semble dire que rien n'est changé à leur égard ; le créancier n'a pas droit à plus (1).

J'ajoute un dernier mot : l'art. 448 concerne seulement les hypothèques nées antérieurement à la faillite. Or, il peut en naître postérieurement sur les biens que le failli peut acquérir depuis sa faillite, mais il n'arrivait au failli que déduction faite des charges qui les grèvent. Ainsi une succession s'est ouverte au profit du failli ; les créanciers héréditaires et les légataires peuvent demander la séparation du patrimoine dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession. S'ils le font dans cet intervalle, elle est réputée avoir commencé au jour de la mort de leur débiteur ; mais s'ils ont laissé passer ce délai sans rien faire, leur

(1) Cass., 20 fév. 1850 ; S., 50, 1, 85. Cass., 24 fév. 1852 ; S., 1852, 1, 774. Poitiers, 30 juin 1878 ; S., 1878, 1, 176. Poitiers, 7 déc. 1883 ; S., 1886, 2, 81. Aubry et Rau, t. III, p. 422. Colmet de Santerre, t. IX, 131 *bis*, XIII.

droit dégénère en hypothèque qui n'aura d'effet qu'à la date où elle sera inscrite. Elle pourra l'être malgré la faillite, car l'art. 448 suppose une hypothèque antérieure à elle. Néanmoins si l'hypothèque de la masse avait été inscrite auparavant elle primerait. La Cour de cassation l'a décidé (1), et la doctrine en a conclu par *a contrario*, que si la masse n'avait pas rempli ces conditions elle aurait dû être primée par les créanciers héréditaires et les légataires.

(1) Cass., 29 déc. 1858; S., 1859, 1, 209; v. Dal., *De la fail.*, n° 494 et s.

CHAPITRE II

DES EFFETS DE LA CESSATION DE PAYEMENTS

Les diverses législations, la loi française en particulier, ne mettent pas le débiteur de plain pied et brusquement dans la situation de failli : elles ne le font pas passer sans transition d'un état de capacité entière au dessaisissement. Elles ont organisé une période intermédiaire où les droits du débiteur sont amoindris avant qu'ils disparaissent complètement, et où sa liberté de contracter subit une première modification.

En suivant ainsi une progression décroissante, la loi a voulu se conformer à la réalité des faits, et elle y est arrivée.

En effet, la faillite n'éclate pas brusquement, elle s'annonce par des signes avant-coureurs. Avant d'y arriver, le négociant aux prises avec la gêne, cherche mille moyens de sortir de la crise où il se débat. De là des opérations mal combinées funestes à son intérêt bien entendu, auxquelles il se résout dans l'espérance

d'un lendemain meilleur : il rembourse les créanciers qui le menacent le plus énergiquement ; il donne des garanties, des hypothèques pour avoir des délais. Il en résulte que si la masse ne pouvait faire tomber ces actes, elle serait habituellement frustrée.

Dans ce but, l'art. 1167 est insuffisant ; il exige, pour l'annulation des actes à titre onéreux, la connaissance de sa situation par le débiteur et la complicité du tiers. Et ces conditions ne sont pas toujours réunies. Il faut un acte qui crée ou augmente l'insolvabilité du débiteur, ce qui écarte les paiements de dettes échues.

Enfin, ajoute-t-on encore, l'exercice de l'action paulienne suppose l'insolvabilité du débiteur ; au cas de faillite il est seulement en état de cessation de paiements, et les deux mots répondent à des notions fort différentes. Une faillite, en effet, peut avoir été produite à raison d'un embarras momentané du commerçant et la liquidation pourra donner un actif égal ou supérieur au passif.

Quoi qu'il en soit de cette observation, plutôt théorique que pratique, l'action paulienne serait souvent inefficace, il faut la renforcer dans l'intérêt de la masse. Il en résultera, dit-on, que le zèle des personnes disposées à donner un coup de main aux négociants sera découragé et paralysé. Peut-être ! Mais ceux-ci disposant de moindres ressources déposeront plus tôt leur bilan, et c'est encore le plus sage.

Donc, pendant un certain délai il y aura pour eux une situation spéciale : la loi reconnaît une période suspecte depuis l'époque de la cessation de paiements.

Mais la loi ne doit pas être oppressive et fixer pour tous les cas un même point de départ. S'il y a dans toutes les faillites des signes précurseurs, ils ne se produisent pas tous à la même époque. Une règle générale serait injuste.

Elle a existé pourtant à l'origine, lorsque fut créée la procédure de faillite. C'était la règle des cités italiennes : les actes passés par le failli, *in proximo tempore decoctionis*, étaient annulés, et ce temps était fixé, selon les villes, de deux jours à un mois. Telle fut aussi la règle admise, en France, par la déclaration de 1702 ; la période suspecte était fixée à dix jours. Il en fut de même dans le Code de commerce, car la faillite, je le dirai, rétroagissait avec tous ses effets jusqu'au jour de la cessation de paiements, et certains actes étaient annulés s'ils étaient passés dans les dix jours précédents.

Aujourd'hui le maintien d'un délai préfix se rencontre encore dans quelques législations ; mais il y a plus de complications que jadis car le délai varie selon la nature des actes. Ainsi en Espagne, dans les quinze jours avant la faillite, les paiements anticipés sont atteints.

Les aliénations gratuites, les hypothèques pour

dettes, antérieurement contractées, sont annulées, intervenues dans le mois (art. 880) (1).

Au Code hollandais la constitution d'hypothèques pour dettes antérieurement contractées peut être annulée, si elle a eu lieu dans les quarante jours de la faillite.

La loi de 1838 a suivi un système différent; elle fait dater la période suspecte de la cessation de paiements, et cette cessation peut être placée par jugement du tribunal de commerce suivant les faits et à raison des circonstances à une époque quelconque. Le jugement qui fixe la date de la cessation de paiements a donc une grande importance pour les créanciers hypothécaires qui suivant la date choisie pourront, ainsi qu'il sera dit, être exposés à voir leurs droits annulés. Ils pourront se pourvoir contre le jugement et y faire opposition; l'art. 580 leur donne ce droit comme à tout intéressé, et il fixe le délai pendant lequel le droit est ouvert. Il est fixé à un mois depuis que les formalités de publicité prescrites à l'art. 442 du Code de commerce ont eu lieu.

Les difficultés se sont élevées sur ce texte à cause de la combinaison avec l'art. 581 qui fixe, pour les

(1) D'ailleurs, d'après la loi de 1886, le même système est employé pour l'action paulienne de droit commun; suivant leur nature, ils peuvent être annulés dans le délai d'un mois à quatre ans depuis qu'ils ont eu lieu (Thaller, *Fail. en dr. comp.*, t. I, p. 381).

créanciers, un délai d'opposition d'autre sorte, la déclarant possible jusqu'à l'expiration de la procédure pour l'affirmation et la vérification des créances; mais cette difficulté ne se pose pas relativement aux créanciers hypothécaires qui veulent faire opposition; ils n'ont que le bénéfice de l'art. 580, étant donné qu'ils invoquent un droit propre; l'art. 581 est restreint à la masse des créanciers (1).

Donc la période suspecte peut être indéfiniment reculée. Il en résulte un inconvénient. On va pouvoir atteindre des actes dont le souvenir était oublié. Les tiers ne seront pas tranquilles; il y a là une cause de surprise qui peut être fâcheuse, aussi le projet de gouvernement pour soustraire les transactions à l'incertitude portait que la cessation de paiements ne pourrait pas être fixée au delà d'un an. C'était une imitation de certaines législations étrangères. En Belgique, la période suspecte ne peut dépasser six mois; en Angleterre, d'après la loi de 1883, trois mois; le même délai est admis en Allemagne, sauf pour quelques actes qu'on peut attendre plus longtemps; en Italie, on ne peut s'attaquer aux actes faits plus de trois ans avant la faillite (art. 704).

La Chambre des députés a répudié ce système, et le rapport de M. Laroze maintient le *statu quo*. Il cite,

(1) Alauzet, *Dr. com.*, t. VI, n° 2857. Cass., 23 avril 1861; D., 1861, 4, 160. Toulouse, 17 novembre 1881, v. J. *La loi* du 3 mai 1882.

pour se justifier, l'exemple d'un banquier qui se ferait remettre en gage tout ou partie de l'actif du négociant et qui le soutiendrait de son crédit jusqu'au moment où la mise en faillite de son client ne risquerait plus de faire évanouir ses sûretés.

Mais il y a, semble-t-il, une confusion ; car il ne faut pas oublier que l'acte fait en fraude des droits des créanciers, peu importe le temps où il ait été fait, pourrait être atteint par l'action paulienne (1). On ne parle ici que d'un système de nullités supplémentaires. Aussi le banquier dont il cite la conduite, qui a soutenu le négociant de son crédit fictif à cause de son gage, verrait annuler son opération, car il est l'auteur conscient d'un préjudice causé à la masse. Comment la loi statuera-t-elle sur ce point ? On ne saurait le dire.

Nous avons ainsi précisé la notion de la période suspecte ; nous allons étudier le sort des constitutions et inscriptions d'hypothèques intervenues à cette époque. Nous les détachons ainsi des autres actes passés par le failli. La loi, en effet, a disposé d'une façon générale ; elle a embrassé les diverses opérations qu'il peut faire, et suivant leur nature et leurs dangers, elle a été plus ou moins sévère, admettant pour eux une nullité radicale ou les rendant seulement annulables sous des conditions plus ou moins onéreuses.

(1) Lyon-Caen, t. II, p. 700. Cass., 3 mars 1869 ; S., 69, 1, 124. Cass., 31 juil. 1872 ; D., 1872, 1, 300. Lyon, 13 déc. 1881, *J. fail.*, 1883, p. 92.

Nous aurons deux sections :

Première section. — De la constitution d'hypothèque.

Deuxième section. — De l'inscription d'hypothèque.

SECTION PREMIÈRE

DE LA CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE

§ 1. *Des hypothèques conventionnelles et judiciaires.*

L'art. 443 du Code de 1807 avait résolu la question d'une façon absolue. « Nul ne peut acquérir privilège ou hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite ».

Or, j'ai dit que la faillite était réputée ouverte du jour de la cessation de paiements ; toute hypothèque consentie dans cette période tombait nécessairement, quelles que fussent les circonstances de sa naissance.

Ce système amenait des conséquences injustes. Un prêt, par exemple, avait été fait à un commerçant qui avait conféré à son prêteur au même moment une hypothèque pour le garantir. Le prêt était valablement consenti, il était maintenu tandis que l'hypothèque était annulée. Or, était-il possible de séparer les deux

éléments que les parties avaient joints, dont l'un ne pouvait se comprendre sans l'autre. Aussi les réclamations n'avaient pas manqué (1). Un système tout différent a été inauguré en 1838.

L'art. 446 n'annule que les hypothèques conventionnelles et judiciaires constituées sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées (2). On a voulu respecter la volonté des contractants, la sûreté sera maintenue lorsqu'elle aura été la condition du prêt; au contraire, lorsque le créancier n'a pas exigé de sûreté au début, s'il vient plus tard en demander, il veut recevoir un avantage tout gratuit du débiteur à une époque postérieure à la date de la cessation de paiements : c'est suspect, et l'annulation se comprend.

Cette distinction est très raisonnable, et il faut l'approuver sans réserve. Le système de l'art. 446 n'est pas nouveau, du reste, ainsi qu'on l'a fait remarquer ; on le retrouve écrit tout au long dans les textes du droit romain à propos de l'exercice de l'action pau-

(1) Demang. s. Brav., t. V, p. 235 et 237. Persil, *Rég. hyp.*, II, p. 2 et s.

(2) On s'est demandé lorsqu'a été arrêtée cette rédaction, ce que voulait dire au juste la phrase du texte. Annulait-on les hypothèques pour dettes antérieures à la cessation de paiements ? Mais on a été d'accord pour repousser cette interprétation ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait été consentie avant la période suspecte pour être valable ; l'antériorité de la dette est ici appréciée en regard de l'hypothèque qui la garantit.

lienne : « Si cui solutum quidem non fuerit sed in ventus creditum pignus acceperit hac actione tenebitur ut, est sæpissime constitutum (1) ».

Qu'une hypothèque intervienne aujourd'hui dans ces conditions postérieurement à la dette, elle tombera nécessairement ; il y a contre elle une présomption légale de fraude, et ceux qui l'invoquent sont dispensés de toute preuve. Bien plus, elle ne peut être repoussée par l'exception de bonne foi. Présomption *juris et de jure* ; c'est ce qui explique les mots du texte (sont nuls de droit), non pas qu'il soit inutile de faire déclarer la nullité par jugement, mais, ce qu'on a voulu dire, c'est que les magistrats ne pourront éviter de la prononcer.

On s'est demandé si l'art. 446 annulait les constitutions d'hypothèques lorsqu'elles avaient été consenties à raison des dettes échues. Lorsque la loi, dans le même article, a parlé des dations en paiement, elle s'est expliquée formellement et a visé le cas où elles interviendraient pour dettes échues ou non échues ; ici la loi est moins explicite. Faut-il en conclure une différence ?

S'il s'agit de paiements en espèces, la distinction a été faite ; tandis que le paiement est nul s'il a été fait pour une dette non échue, il est valable s'il vient solder une dette exigible, sauf qu'il peut être annulé si le

(1) Ulp., L. 10, § 3 ; Dig., XLII, 8.

créancier, qui le reçoit, connaissait la cessation de paiements du débiteur.

Or, ne serait-il pas contradictoire d'annuler une constitution d'hypothèque, alors que le créancier pouvait faire un paiement. Payer, c'est plus que donner une simple sûreté pour garantir un paiement; et puis, quand la dette est échue, la constitution d'hypothèque n'a pas, à vrai dire, le caractère d'un acte à titre gratuit; en échange de la concession qui lui est faite, le créancier en fait une autre, il donne du temps. Il renonce aux poursuites qu'il aurait le droit d'exercer. Le débiteur pouvait aliéner les immeubles sur lesquels il a donné hypothèque, ne peut-il pas les grever de ce droit réel?

J'avoue que le raisonnement paraît logique; mais la loi n'ayant pas fait la distinction, on ne saurait y suppléer; pourtant, il aurait peut-être été préférable d'y songer; de maintenir, dans tous les cas, les hypothèques nées en même temps que les dettes; de les déclarer valables, si elles étaient intervenues pour dettes antérieures, mais échues, sauf la possibilité de les faire tomber, sous les conditions de l'art. 447; enfin, de les déclarer nulles, de plein droit, lorsqu'elles auraient garanti des dettes antérieures et non échues.

Les arguments que j'ai indiqués mettent, victorieusement, en relief, le défaut d'harmonie entre le paiement et l'hypothèque. On ajoute encore que, les hypothèques étant annulées, les créanciers poursuivront

impitoyablement le failli; mais, est-ce un inconvénient? Aurait-il mieux valu qu'il pût continuer son commerce quelques jours de plus? On ne doit pas regretter qu'il n'ait pas le moyen d'abuser, plus longtemps, de la confiance (1).

Mais, cette objection étant écartée, on essaye de justifier la différence entre le paiement et l'hypothèque, en disant que rien ne vient suspecter la bonne foi d'un créancier qui reçoit son paiement, tandis que celui qui, après la cessation de paiements se fait constituer une hypothèque, ne peut guère ignorer que le débiteur ne paye pas. On le considère de mauvaise foi, et voilà pourquoi l'hypothèque tombe. Mais cette réponse est insuffisante, car, ainsi que je le dirai tout à l'heure, l'hypothèque est annulée, non pas seulement lorsqu'elle a été consentie depuis l'époque de la cessation de paiements, mais encore dans les dix jours qui la précèdent, comment supposer, alors, au créancier, la connaissance des affaires de son débiteur? C'est bien plutôt parce qu'il l'ignorait, qu'il s'est contenté d'une hypothèque et n'a pas exigé le paiement (2). La loi paraît donc, ici, avoir exagéré le principe à l'encontre du créancier.

Et, du reste, c'est aussi la tendance de la jurisprudence d'appliquer, le plus sévèrement possible, le sys-

(1) Viardot, *De la fail. relativement aux priv. et hypot.*, n° 128, p. 92.

(2) Bravard, t. V, p. 253 et s.

tème des nullités. Se trouvant en face d'une hypothèque qui avait été constituée pour garantir un nouveau prêt, qu'on faisait au même moment et en même temps pour assurer le remboursement d'un prêt antérieur, elle a annulé l'opération dans son entier (1). Mais cet arrêt paraît dépasser les termes de la loi. La masse n'a pas à critiquer l'opération dans la mesure où le créancier, recevant une cause de préférence, avait versé, en espèces, l'équivalent de la sûreté qu'on lui accordait. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que la garantie accordée par un débiteur, après sa cessation de paiements, est nulle, même pour les avances nouvelles, lorsque ces avances ont été le prix de la garantie frauduleuse donnée au créancier pour prêt antérieur (2).

L'hypothèque, ai-je dit, est valable si elle est acquise pour garantir une dette qui naît en même temps qu'elle; à plus forte raison en sera-t-il de même lorsqu'elle est constituée pour une dette à venir, car la fraude est surtout en ce cas impossible à concevoir. J'en arrive ainsi à une hypothèse spéciale où il est difficile de décider si l'art. 446 s'applique. Elle se rattache à une institution fréquente en pratique : l'ouverture de crédit.

(1) Poitiers, 20 avril 1885; D., 1886, 2, 6.

(2) Nicolas, *Effets de la fail. relative aux priv. et hypot.* Cass., 17 mai 1873; S., 1874, 1, 244. Cass., 7 janv. 1879; S., 1879, 1, 400. Cass., 29 déc. 1880; S., 1881, 1, 382. Cass., 13 août 1883.

Un banquier consent à un négociant une ouverture de crédit. Il s'engage à lui verser à des époques convenablement échelonnées la somme de 30,000 francs. La première avance de fonds doit être faite au bout de trois mois à compter du jour de l'ouverture de crédit. Au moment où il intervient, le banquier n'a exigé en compensation du crédit qu'il accorde, aucune hypothèque de la part du négociant. Il est dès à présent tenu de remplir ses engagements, et il ne jouit d'aucune sûreté pour assurer le remboursement de ce qu'il devra verser à l'époque donnée (1).

Mais au moment du premier versement, il se ravise. Il s'entend avec le négociant, il lui demande, en même temps qu'il lui comptera l'argent qu'il lui doit, de lui conférer une hypothèque. Le négociant accepte; mais peu de temps après il est mis en faillite, et le jugement déclaratif fait remonter la cessation de paiements après la date de l'ouverture de crédit, mais avant celle du premier versement, avant celle de l'hypothèque.

(1) Cette hypothèque, on le sait, eut été valable et aurait garanti toutes les avances, dès qu'elles auraient été effectuées (Aubry et Rau, t. III, § 266, p. 281; v. Aubry et Rau, *Rev. crit.*, t. XII, 1858, p. 193 et s. Daublet, *Rev. prat.*, 1859, t. VII, p. 191 et s.); et l'hypothèque stipulée eut pris rang du jour de son inscription, et non pas seulement des avances faites au crédit (Aubry et Rau, § 266, t. III, p. 283. Daublet, *Dr. com.*, t. IV, p. 1137. Demolombe, t. XXV, p. 392 et 394. Cass., 21 nov. 1849; S., 1850, 1, 91. Req., 18 mars 1852; S., 1853, 1, 214. Rouen, 3 août 1864; S., 1866, 2, 127.

que ou moins de dix jours après. Celle-ci s'est donc trouvée constituée pendant la période suspecte. La masse prétend la faire annuler comme étant donnée pour une dette antérieurement contractée. Nous croyons sa prétention fondée.

Il faut le dire au début, le motif qui a servi de base à l'art. 446, se retrouve ici avec toute sa force. On n'a pas voulu qu'un créancier pût, pendant la période suspecte, améliorer sa condition au préjudice des autres créanciers; on présume de sa part une fraude, qu'on a voulu réprimer.

Or, ici, en vertu de l'ouverture de crédit, le banquier était contraint de faire au commerçant le versement à l'époque fixée (1), et il n'avait droit en revanche à aucune garantie. Si le négociant lui en accorde, c'est un don gracieux; mais elle n'est pas la condition de l'obli-

(1) Observons que le banquier ne pourrait refuser de faire le versement en alléguant la cessation de paiements. On pourrait être tenté d'invoquer, pour soutenir qu'il est dispensé de payer, l'art. 1613, Code civil. Cet article relatif à la vente, stipule que le vendeur peut refuser de livrer ce qu'il a vendu, mêmes'il l'a fait à terme, lorsque l'acheteur est en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix. D'après cet article, la livraison ne peut être évitée que s'il y a faillite ou déconfiture, c'est-à-dire faillite pour un commerçant, déconfiture dans les autres cas. On objecte que la faillite veut dire la cessation de paiements, et que depuis cette cessation de paiements, le banquier peut se refuser au versement. Mais nous verrons plus loin, avec détails, que la faillite ne peut exister que s'il

gation du banquier ; la lui eût-on refusée, il était également tenu. Le crédit est acquis au commerçant sans qu'il ait besoin de s'imposer la concession d'une hypothèque ; si l'on consent, c'est pure complaisance. On saisit par là l'analogie frappante entre notre hypo-

est intervenu un jugement déclaratif, que la cessation de paiements ne saurait avoir d'effet par elle-même.

Si depuis la cessation de paiements et avant la déclaration de faillite, le banquier pouvait refuser de réaliser le crédit ouvert, il pourrait en résulter un grave préjudice pour les tiers au détriment du commerce. Le crédit peut avoir consisté dans des traites, des lettres de change que le banquier a autorisé à tirer sur lui ; le commerçant qui est le tireur les négocie, elles circulent. Le tiers porteur à l'échéance ne pourrait-il plus rien toucher, sous le prétexte de simple cessation de paiements chez le tireur ? La jurisprudence s'est prononcée en faveur des tiers porteurs (J. du Havre, 1881, 1, 176 ; J. Marseille, 1862, 2, 156 ; 1860, 2, 143 ; 1876, 1, 247. Cass., 27 juin 1859 ; S., 1860, 1, 161.

Enfin, à supposer, ce que nous contestons, que le banquier peut se dispenser depuis la cessation de paiements du crédit, de verser les fonds, ce qui ferait que l'hypothèque consentie au moment du versement et pour le garantir ne serait plus un avantage gratuit, il est un cas au moins où il en serait autrement, et où notre question se pose. L'époque du versement est arrivée à un moment où il n'y avait pas encore cessation de paiements ; dans ces conditions, certes, le banquier ne pouvait refuser de payer ; il le fait donc, mais en même temps il se fait consentir une hypothèque. Puis la cessation de paiements se produit moins de dix jours après, et la faillite est déclarée, qui place la constitution d'hypothèque dans la période suspecte ; il s'agit de savoir si elle est nulle de droit.

thèse et le cas d'hypothèque pour dettes antérieurement contractées, formellement prévue par l'art. 446. Les mêmes raisons de décider existent dans les deux cas.

Mais comme il s'agit d'une déchéance, on ne saurait l'étendre, et on objecte le texte de l'art. 446. L'hypothèque est consentie en même temps que s'opère le versement. Or, c'est à ce moment seulement que naît pour le commerçant crédité l'obligation de restituer ; il y a concordance entre l'hypothèque et la naissance de la dette ; l'hypothèque dès lors ne tombe pas de plein droit ; tout au plus pourra-t-on invoquer l'article 447.

Outre qu'une telle solution aurait, comme je l'ai dit, l'inconvénient de méconnaître l'esprit de l'art. 446, l'argument juridique qui lui sert de base paraît contestable. La convention d'ouverture de crédit n'engendre par elle-même aucune obligation conditionnelle à l'égard du crédité ; seule la dette du banquier est née ; mais en même temps qu'elle, prend naissance une obligation éventuelle du commerçant. L'ouverture de crédit participe de la nature des contrats synallagmatiques en ce sens que le créancier est obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité, et que l'obligation pour ce dernier de rembourser les sommes qui lui seront avancées est le corrélatif et forme la cause de la promesse du créancier (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, § 266, p. 283.

Il y a donc au regard du négociant une dette, tout éventuelle qu'elle est, antérieurement contractée par rapport à l'hypothèque, qui n'intervient qu'au moment du versement des espèces. Voilà pourquoi l'hypothèque aurait pu être constituée lors de l'ouverture du crédit. Ne l'a-t-elle pas été à ce moment, il est trop tard pour le banquier de s'en ménager une lors du premier versement; elle tombe sous le coup de l'art. 446. La situation est dure pour le banquier, mais il ne faudrait pas se l'exagérer. J'ai supposé une ouverture de crédit ayant lieu sans hypothèque et ayant fixé la date des trois versements à faire par le banquier au commerçant de trois mois en trois mois; le crédit est tombé en faillite après le premier versement; le banquier qui pour la première avance va se trouver créancier chirographaire sera-t-il tenu, malgré la faillite, d'opérer les autres versements à leur date et de faire passer son argent dans l'actif de la masse qui l'en dépouillera pour lui conserver le droit à un simple dividende.

Un pareil système choquerait trop l'équité pour être admissible : lorsqu'un tiers a vendu des marchandises qu'il n'a pas encore expédiées, et fait sortir de ses magasins, il est dispensé de les livrer au failli. La même règle doit s'appliquer ici, et l'on peut dans le silence des textes se fonder sur le silence de la déchéance du terme qui amène la faillite. Quelle est la suite spéciale de cette privation? Faire évanouir le crédit qu'un créancier faisait au failli; l'ouverture de crédit faite au

commerçant aujourd'hui failli cesse par l'effet de la faillite. Le banquier devait faire trois versements, et chacun d'eux devait, je le suppose, être remboursé au bout d'un an; le banquier a de suite le droit de rentrer dans ses fonds autant que faire se peut; de là, comme conséquence, les versements qu'il n'a pas faits n'auront pas lieu (1). Nous n'avons pas trouvé dans les auteurs ou les arrêts de renseignements sur cette application de l'art. 446; mais nous pensons que le jeu des principes conduit à cette solution.

J'ajoute maintenant que l'art. 446 suppose, pour son application, une garantie donnée par le débiteur lui-même (2). Il est évident que si les hypothèques étaient constituées par un tiers sur ses propres biens au profit d'un créancier du failli, il n'y aurait aucune raison de les annuler car elles n'empirent en rien la condition de la masse, et pourrait même leur profiter à supposer que le tiers en payant n'ait pas de recours contre elle.

C'est pourquoi l'on a dit au dernier alinéa de l'article 446 : « Hypothèques constituées sur les biens du débiteur ». Les mots ont été empruntés à l'ancien texte du Code; mais aujourd'hui ils forment une sorte de pléonasme. L'article débute ainsi : « Sont nuls relati-

(1) Il a également, pour refuser le payement, la possibilité d'invoquer l'art. 1613 du Code civil; le vendeur est dispensé de livrer la chose qu'il a vendue à terme si l'acheteur est en état de faillite.

(2) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. II, n° 2760, p. 719; Demang. s. Brav., t. V, p. 252 et 253.

vement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur, les actes qui suivent. » Cela étant, il était évident que les hypothèques dont on allait parler, devaient être constituées sur les biens du débiteur parce qu'il ne saurait en affecter le bien d'autrui.

J'ajoute une observation que j'ai déjà faite, et qui s'applique à toute constitution d'hypothèque. Ce n'est pas seulement depuis la cessation de paiements qu'elles sont annulées; elles ont le même sort lorsqu'elles sont intervenues dans les dix jours précédents. Cette idée a été empruntée à la déclaration de 1702; elle était très utile en ce moment car l'ouverture de la faillite datait du jour où elle était déclarée; on ne pouvait faire remonter dans le passé la date de la cessation de paiements.

Depuis la loi de 1838, un jugement de report d'ouverture de la faillite peut toujours intervenir et la fixer à la date que les magistrats jugent à propos, elle n'a plus alors la même raison d'être. Aussi dans le nouveau projet de loi sur les faillites, M. Courcelle-Seneuil rapporteur de la commission, l'a fait disparaître (1). J'ai dit, en parlant de la nullité des hypothèques constituées pour dettes antérieures et échues, que cette période de dix jours était inexplicable. Mais doit-on supprimer radicalement cette période de dix jours en tous les cas? On peut hésiter. Elle au-

(1) *J. des fail.*, 1882, p. 516.

rait une utilité. La cessation de paiements suppose un fait extérieur arrivant dans certaines conditions; la jurisprudence exige le défaut de paiement d'une dette commerciale (1). Or, avant la cessation de paiements ainsi caractérisée, le passif du débiteur peut être supérieur à l'actif; sa situation être très embarrassée; l'un de ses créanciers peut le savoir et en abuser; n'est-il pas bon que, pendant quelques jours avant la crise certains actes suspects soient annulés (2)? Le législateur ne paraît pas s'être préoccupé de ces considérations.

Nous avons vu ainsi le système de la loi française sur la constitution des hypothèques conventionnelles. Disons quelques mots des législations étrangères. En Allemagne, la loi de l'empire du 21 juillet 1879 (3), déclare révocables (§ 23), les actes postérieurs à la cessation de paiements, lorsque cet événement a été porté à la connaissance des tiers avec qui il a traité; mais on n'atteint ainsi que les actes préjudiciables en eux-mêmes; de là, comme l'a fait remarquer M. Thaller, un paiement pour dette échue, reçu sciemment par un débiteur en temps suspect, ne donnerait lieu à aucune réclamation de la masse. En ce qui concerne les

(1) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. II, n° 2370, p. 595. Cass., 2 déc. 1868, D., 1869, 1, 129, et S., 1869, 1, 128. Nancy, 23 mai 1874, D., 1875, 2, 117, et S., 1875, 1, 262.

(2) Thaller, *loc. cit.*, t. I, p. 388.

(3) *Ann. lég. étr.*, 1880, p. 92; Thaller, t. I, p. 402.

garanties attribuées aux créanciers, la loi les assimile en principe aux actes préjudiciables et les annule si les créanciers connaissent la cessation de paiements; mais si elles sont fournies à des créanciers qui n'y ont pas droit, qui reçoivent ainsi un avantage gratuit, la loi use d'un surcroît de sévérité : elle frappe la convention pendant les dix jours qui précèdent la cessation de paiements et elle présume la connaissance par le créancier des mauvaises affaires de son débiteur; mais cette présomption peut être combattue et on admet la preuve contraire. De cette façon la loi allemande distingue en somme les hypothèques pour dettes antérieures, car alors seulement elles sont un avantage gratuit, et elle est moins sévère que la nôtre, d'autant plus que, comme je l'ai dit, la cessation de paiements ne peut pas être reportée à plus de six mois en arrière. Ce système, je l'avoue, paraît préférable au nôtre.

En Autriche, la loi du 6 mai 1884, ne s'occupe des garanties fournies aux créanciers que si elles sont concédées par des commerçants inscrits sur les registres du commerce; elle les déclare nulles si elles sont constituées depuis la cessation de paiements ou les deux semaines précédentes, à supposer qu'elles ne remontent pas au delà d'un an. Le créancier peut plaider sa bonne foi (art. 5). La loi n'a pas songé à la distinction des hypothèques pour dettes antérieures ou concomitantes. Il y a là un inconvénient.

C'est également le même reproche qui peut être fait

au Code italien de 1882. Ce qu'il a de particulier c'est qu'il a séparé le temps suspect en deux phases : la première comprenant les dix jours précédant le jugement déclaratif de faillite, et durant cet intervalle tous les actes sont réputés frauduleux sauf preuve contraire ; la deuxième période commençant à la cessation de paiements pendant laquelle la loi a établi des catégories suivant la nature des actes ; pour les hypothèques, elles restent nulles à moins que le créancier ne vienne prouver l'absence de fraude.

En même temps qu'il a atteint l'hypothèque conventionnelle, l'art. 446 a frappé de caducité l'hypothèque judiciaire. Sans cela on aurait pu craindre un accord entre le créancier et le débiteur. Celui-ci aurait laissé prendre bénévolement contre lui un jugement qui eût conféré une hypothèque (1), et ainsi il aurait fait indirectement ce qu'il ne pouvait exécuter par convention. De cette façon l'art. 446 serait resté lettre morte.

Aussi on a remédié à cet inconvénient, c'est d'ailleurs tout profit. Nous aurons ainsi un cas où le jugement n'emportera plus hypothèque. Les auteurs sont d'accord, en effet, pour affirmer l'injustice de l'hypothèque judiciaire (2), pour la regarder comme une spoliation au profit de l'un des créanciers. C'est pourquoi quelques législations l'ont supprimée, surtout en

(1) *Rev. prat.*, t. IV, an. 1857, p. 197.

(2) Valette, *Rev. de dr. français*, t. VI, an. 1849, p. 919 ; Thaller, t. I, p. 393.

Belgique où elle a été abrogée radicalement dans la loi du 16 décembre 1851 (1).

L'art. 446 s'est exprimé pour les hypothèques judiciaires, dans les mêmes termes que pour les hypothèques conventionnelles ; il les annule pour dettes antérieurement contractées. Cela étant on a voulu distinguer suivant que la demande du créancier a été ou non formée durant le temps suspect ; et l'hypothèque judiciaire ne serait annulée, que si la demande était postérieure à cette période (2). Peut-être la distinction est-elle raisonnable. En son absence, des conséquences regrettables et contraires à l'égalité peuvent se produire : supposons que deux créanciers aient formé leur demande le même jour ; l'un devant le tribunal civil, l'autre devant le tribunal de commerce, à raison de la nature commerciale ou civile de leurs créances. Il est probable que le second créancier obtiendra jugement avant l'autre, le tribunal de commerce statuant

(1) En Allemagne, le jugement donne seulement le droit d'obtenir une hypothèque conventionnelle spéciale. En Espagne, l'hypothèque est remplacée par un système ingénieux ; le créancier muni d'un jugement ayant seulement le droit de n'être primé par aucune hypothèque postérieure, ne fait pas acquérir de préférence vis-à-vis des chirographaires (*Elém. de dr. espagnol*, Léhr., n° 516, p. 332) ; il en résulte d'ailleurs des complications si une hypothèque conventionnelle intervient après le jugement ; elle est opposable à la masse chirographaire, et ne peut valoir contre celui qui a obtenu un jugement.

(2) Demang. s. Brav., t. V, p. 246 et 247.

avec plus de célérité. Il pourra ainsi obtenir une hypothèque judiciaire plus de dix jours avant la cessation de paiements, et l'hypothèque subsistera, tandis que l'autre qui n'aura un jugement que plus tard, ne pourra inscrire la sienne ; de sorte que l'efficacité de l'hypothèque tiendrait à une circonstance qui ne devrait pas entrer en ligne de compte. Sans doute ; mais cet inconvénient, outre qu'il pourrait s'appliquer à l'hypothèque judiciaire, en général, suffit-il à justifier la distinction ? Sur quoi la baser ? Qu'on interprète strictement l'article 446, il conserve une signification.

On a prétendu le contraire : les jugements sont, en effet, déclaratifs, ne font que constater les créances ; l'hypothèque judiciaire ne garantit que les dettes antérieures.

Mais en certains, cas il en est autrement ; ainsi la condamnation aux frais naît avec le jugement en même temps que l'hypothèque ; elle sera valable quant à eux. On ajoute souvent qu'il en est de même des dommages et intérêts car ils n'étaient pas fixés avant le prononcé du jugement ; mais la jurisprudence et les auteurs paraissent dire que l'obligation préexiste à la condamnation. Il est vrai qu'à propos des frais on ne peut pas parler *stricto sensu* de dettes contractées ; mais les termes de l'art. 446 ont visé le *plerumque fit* et doivent s'entendre largement (1). J'ai supposé, pour que l'ar-

(1) Cass., 16 mars 1878 ; S., 1880, 2, 53.

ticle 446 s'applique, un jugement postérieur à la période suspecte ou aux dix jours précédents.

Mais supposons qu'il ait été rendu antérieurement, puis frappé d'opposition ou d'appel, de sorte que la décision statuant sur ce jugement ait été rendue dans la période suspecte. L'hypothèque judiciaire serait-elle possible ? Il faut le croire. En effet, le jugement d'opposition déclare bonnes et valables les condamnations antérieures ; l'appel confirme la décision première et l'hypothèque qui sera inscrite aura pour cause le premier jugement antérieur à la période suspecte (1).

Signalons une dernière question. Une faillite est déclarée et la cessation de paiements a été fixée à un mois avant. Un créancier ayant obtenu un jugement deux mois avant la faillite et ayant aussitôt pris hypothèque, vient saisir un immeuble après la faillite déclarée. C'est son droit, car le droit de poursuite lui est conservé ; mais un jugement de report d'ouverture de faillite intervient et recule la période suspecte de façon qu'elle comprenne le temps où l'hypothèque judiciaire est née. La procédure de saisie sera arrêtée ; mais sera-t-elle considérée comme ayant été commencée à tort ? L'intérêt de la question consiste à savoir qui payera les frais ? Il faut répondre que ce sera le saisissant : s'il connaissait la faillite de son débiteur, il devait prévoir

(1) Orléans, 7 juil. 1826. Dal., J. G. *Fail.*, n° 295, *Vente publ. d'im.*, n° 244 ; C. com., *Ann.*, Dal., sur l'art. 2123, n° 298.

que l'époque de la cessation de paiements pourrait être reculée. S'il ne connaissait pas la faillite lorsqu'il a poursuivi, même solution : la loi suppose la faillite connue du jour du jugement. Il n'en serait autrement que si les poursuites avaient eu lieu avant la déclaration de faillite (1).

Les législations étrangères qui ont admis l'hypothèque judiciaire n'ont pas songé à remédier au préjudice spécial que peut causer, dans le cas de faillite, l'application du système (2).

§ 2. *Des constitutions d'hypothèque légale ; de l'intervention de la femme pour éviter l'art. 446 du Code de commerce.*

A raison des questions controversées qu'elles soulèvent, nous avons dû leur donner une place à part.

Ces difficultés n'existaient pas dans le Code de commerce de 1807. L'art. 443 déclarait nulles toutes les hypothèques acquises sur les biens du failli dans les dix jours qui précédaient l'ouverture de la faillite ; ainsi on complétait le système de l'art. 2146 qui n'aurait atteint pour le même délai que les inscriptions.

(1) Dal., J. G. *Fail.*, n° 130.

(2) Thal., 1, p. 393.

La loi était claire : depuis la cessation de paiements et dans les dix jours, l'hypothèque légale comme toute autre hypothèque ne pouvait être valable.

C'était rigoureux, la jurisprudence avait introduit des distinctions par différents côtés. D'abord lorsque l'hypothèque avait pris naissance avant les dix jours on n'incriminait pas l'inscription qui était prise même après la faillite pour la manifester ; et son acquisition n'était pas non plus toujours impossible : on distinguait les dix jours précédant le jugement déclaratif et ceux précédant le jugement de report d'ouverture de faillite : les premiers seuls étaient pris en considération. On ne veut pas que la femme soit lésée par les retards des créanciers à faire déclarer la faillite ; tant pis pour eux, s'ils s'y sont pris trop tard et bien après la cessation de paiements. Pour les hypothèques prises dans les dix jours précédant la faillite, la jurisprudence avait fait deux catégories : la première comprenait celles dérivant directement et uniquement de la loi, et par là on visait le cas où le négociant avait eu la charge d'une tutelle ; et d'autre part la deuxième à celles qui supposaient chez le débiteur une volonté, un consentement, qui pouvaient, par exemple, résulter de son mariage ; car il était libre de ne pas le contracter. Les dernières seules étaient annulées (1).

Aujourd'hui la loi ancienne trop sévère a été adou-

(1) Coin-Delisle, t. III, *Rev. crit.*, p. 235.

cie ; on annule à l'art. 446, ainsi que je l'ai dit, les hypothèques conventionnelles et judiciaires pour dettes antérieurement contractées ; on suppose qu'elles cachent une entente frauduleuse entre le créancier et le débiteur en état de cessation de paiements. Mais la loi ne dit rien des hypothèques légales, il ne faut pas leur appliquer la même solution, toute suspicion cesse ici d'être admissible ; loin de présumer que la femme concourt à une fraude, il faut croire qu'elle a été plutôt circonvenue par son mari, et c'est à cause de cette situation que la loi lui accorde une hypothèque légale.

D'ailleurs les hypothèques ne sont annulées que si elles sont consenties pour dettes antérieures ; or, on sait que l'hypothèque légale de la femme naît en même temps que sa créance.

De là, la femme en jouira pour la restitution de sa dot et l'accomplissement de ses conventions matrimoniales en tant qu'il ne s'agit pas des donations annulées par l'art. 564. Il en sera de même à propos des dettes nées postérieurement au mariage à propos des indemnités qui lui sont dues par le mari pour s'être obligée dans son intérêt. En vain, alléguerait-on, qu'il en résulte pour la masse un préjudice important ; l'hypothèque subsistera.

Mais voici une fraude qui va se produire. Un négociant est en état de cessation de paiements ; il a un créancier chirographaire impatient qui, voyant la situation de son débiteur, veut un surcroît de garantie. Une

hypothèque conventionnelle ne saurait intervenir; l'article 446 y met obstacle. Pour arriver au même but, on va essayer un détour en faisant intervenir la femme du débiteur; elle va s'engager en faveur du créancier, cautionner son mari; à raison de l'engagement qu'elle prend, la loi lui confère une hypothèque légale que j'ai déclarée valable, elle va subroger le créancier dans le bénéfice qui lui était attribué, et le créancier se trouve indirectement jouir sur les biens de son débiteur d'une hypothèque qu'il ne pouvait acquérir directement.

La question s'est souvent présentée et la mise en œuvre fréquente de ce procédé est un motif pour le frapper; il faut arriver à déjouer le calcul qui nuit à la masse.

Mais supposons que la femme, lorsqu'elle a cautionné son mari, ce qui est son droit, avait dès cette époque des reprises existant pour cause indépendante de ce fait; il faut dire sans hésiter que la subrogation qu'elle consent aux créanciers de l'hypothèque légale garantissant le montant de ses reprises jusqu'à ce jour ne saurait être annulée (1). Le créancier, dans cette mesure, pourra même venir exercer les droits de la femme.

Mais celle-ci, avant de s'engager pour son mari, n'avait droit à aucune reprise, elle acquiert seulement le

(1) Nancy, 4 août 1860; D., 1860, 2, 196.

droit à une indemnité pour l'obligation qu'elle contracte, et l'hypothèque légale naît corrélativement à son engagement ; peut-elle en transmettre le bénéfice aux créanciers ?

Si l'opération était possible, il y aurait là un moyen d'échapper à tout le système de l'art. 446, il ne serait guère plus qu'une lettre morte. Aussi plusieurs auteurs, préoccupés de ce danger, ont essayé d'appliquer la nullité de plein droit et de faire rentrer l'hypothèque légale accordée à la femme pour cautionner son mari dans l'énumération de l'art. 446.

Pour y arriver ils insistent sur l'histoire (1) et sur la nature générale de l'hypothèque légale. Ce qui caractérise, dit-on, l'hypothèque légale, ce n'est pas la dispense d'inscription (2), c'est la cause de l'hypothèque ; Elle est légale si elle naît de la loi pour un fait qu'elle a prévu, et sans convention actuelle des parties ; pour la femme elle est telle si elle est une suite du mariage. Il en résulte que logiquement il n'aurait pas dû y en avoir à raison des engagements consensuels de la femme au profit de son mari ; car ils ne sont pas une suite nécessaire du mariage. Il en fut ainsi à l'origine ; c'est un arrêt du Parlement de Paris du 27 mars 1708

(1) Coin-Delisle, *Rev. crit.*, III, p. 223.

(2) Dans l'ancien droit, toutes étaient occultes ; sous la loi de brumaire an VII toutes étaient inscrites, et d'après la loi du 5 septembre 1807, l'hypothèque légale de l'Etat sur les biens de certains administrateurs, doit être inscrite.

qui changea le système et accorda à la femme, pour ce fait, hypothèque légale du mariage. Mais la loi n'avait pas autorisé un pareil résultat et le président Lamouignon le qualifiait d'irrégulier. Il avait d'ailleurs manqué son but. On voulait protéger la femme au regard des autres créanciers du mari; mais ceux-ci, se voyant atteints, en vinrent à exiger pour traiter avec le mari, l'obligation solidaire de la femme, et ainsi la protection qu'on lui ménageait se retourna contre elle.

Le Code civil s'est arrêté à un parti transactionnel; la femme conserve une hypothèque légale qu'elle aurait à exercer contre le mari pour être indemnisée des engagements qu'elle a contractés dans son intérêt, mais cette hypothèque n'aura rang qu'au jour où elle s'est engagée. On en conclut qu'il y a là une hypothèque qui est comme conventionnelle et dont le bénéfice ne peut être transmis par subrogation à un créancier, car elle doit s'évanouir. Mais l'art. 2135 du Code civil la range parmi les hypothèques légales, et ce simple mot suffit à renverser toutes les observations qu'on avait essayé de présenter; la jurisprudence a refusé également d'appliquer l'art. 446 (1).

Il faut donc renoncer à la nullité de droit, c'est une lacune de l'art. 446. La loi aurait dû distinguer entre les causes génératrices de l'hypothèque légale de la

(1) Cass., 7 nov. 1848; S., 1849, 1, 121. Cass., 9 déc. 1868; S., 1869, 1, 117. Cass., 11 déc. 1876; S., 1877, 1, 406.

femme mariée, laisser naître après la cessation de paiements du mari celle qui proviendrait de causes involontaires, du fait, par exemple, d'avoir recueilli une succession; elle aurait dû s'opposer à la naissance de l'hypothèque ayant son origine dans un fait purement volontaire, comme une obligation contractée dans l'intérêt du mari. Ainsi on aurait évité le danger que je signale. Mais la loi n'ayant rien dit, on ne peut y suppléer (1). N'y aurait-il pas cependant un moyen de parer au danger que je signale. En proposer un, ce serait se conformer à l'équité et à l'utilité pratique. Aussi la jurisprudence a-t-elle imaginé un système en ce sens.

A défaut de l'art. 446, elle emprunte à l'art. 447 la règle établie dans l'intérêt de la masse. « Tous paiements faits en espèces par le débiteur pour dette échue et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de paiements pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont traité avec le débiteur, ils ont eu lieu avec la connaissance de la cessation de paiements. »

De là on conclut que l'hypothèque légale de la femme ne naîtra pas lorsqu'elle cautionne son mari, si elle savait à cette époque l'état de ses affaires; ou plutôt elle pourra être annulée facultativement par les tribunaux dans ces circonstances (2).

(1) Cass., 27 avril 1881; S., 1881, 1, 393, note de M. Labbé.

(2) Nancy, S., 1879, 2, 113. Cass., 21 avril 1881; S., 1881, 1, 393. Cass., 21 déc. 1881; S., 1881, 1, 422.

Il y a là sans doute un certain tempérament, il y a un moyen d'amoindrir le danger de la subrogation. Mais les conditions de l'annulation font qu'elle ne serait guère efficace. Habituellement, quand il n'est bruit dans le public que des embarras d'un négociant, une seule personne les ignore et conserve ses illusions, c'est sa femme; elle sera donc le plus souvent un instrument inconscient d'une manœuvre dont le but est de dépouiller la masse et qu'on ne peut déjouer.

Au surplus, il paraît difficile d'appliquer ici l'article 447. Il ne parle que des actes passés par le débiteur auxquels il a participé; or, lorsque la femme l'a cautionné et a subrogé un tiers dans son hypothèque légale, il est demeuré étranger au contrat, l'hypothèque légale est née indépendamment de sa volonté; nous ne sommes pas dans le domaine de l'art. 447: on dit, son énumération n'est pas limitative; sans doute, il ne précise pas les actes à titre onéreux passés par le débiteur, mais il est restreint aux actes faits par lui, et on ne saurait élargir son domaine, car il édicte une règle en dehors du droit commun.

On a essayé de repousser ce raisonnement. Par un côté, dit-on, le mari intervient à l'opération qu'a faite la femme; il lui a donné son autorisation; elle était, sans cela, incapable de s'obliger; voilà un élément qui est l'œuvre du négociant en état de cessation de paiements, et un élément essentiel. Cette autorisation, donnée par le mari, n'est pas valable à raison de l'ar-

ticle 467, et, par conséquent, toutes les opérations accomplies par la femme doivent tomber : son cautionnement comme l'hypothèque légale (1).

Mais il y a ici cette confusion : le mari, en état de cessation de paiements, conserve la liberté d'autoriser sa femme ; la faillite ne porte aucune atteinte à la puissance maritale ; aussi, il aurait le même droit après la faillite. C'est se méprendre que de l'annuler. Mais on objecte qu'elle est nulle en tant qu'elle rejaillit sur les biens du mari, qui n'a plus aucun droit de disposition. Mais où prend-on cette règle ? Ce qu'il faut dire, c'est qu'après la cessation de paiements, il y a certains actes, faits par le failli, nuls de plein droit, et d'autres annulables au gré des tribunaux. M. Coin-Delisle y range l'autorisation du mari, qu'il dit être un acte à titre onéreux ; en effet, le mari, autorisant sa femme à le cautionner, va obtenir un délai d'un créancier impatient qui l'aurait poursuivi sans cela ; il y a là un acte à titre onéreux, puisqu'il va obtenir quelque temps de repos. L'affirmation n'a pas besoin, je pense, d'être réfutée : toute autre est la nature des actes à titre onéreux.

Je crois donc que ni l'art. 446, ni l'art. 447 ne peuvent nous servir ; mais l'hypothèque légale demeurera-t-elle valable, sans qu'on puisse jamais la faire tomber ? Il ne faudrait pas le croire, le droit commun annule les actes faits en fraude des droits des débi-

(1) Coin-Delisle, *Rev. crit.*, III, p. 239.

teurs ; la règle générale de l'art. 1167 continue de s'appliquer (1) ; elle n'est pas mise à l'écart en cas de faillite, elle est complétée seulement, car elle serait souvent insuffisante ; ainsi la faillite a permis d'annuler tels ou tels actes passés par le débiteur, sans qu'il faille s'attacher aux preuves ordinaires ; mais, lorsque les prescriptions spéciales ne peuvent plus trouver place, on revient au droit commun. Le législateur a toujours entendu légiférer en ce sens depuis que furent créées les règles spéciales à la faillite.

Cela est si vrai, que si l'ordonnance de 1673 n'établissait pas pour certains actes dangereux passés dans un délai rapproché de la faillite de présomption de fraude, c'était de crainte qu'on en conclut par *a contrario* la validité de ces mêmes actes entachés de fraude s'ils remontaient à une date plus éloignée de la faillite : aussi elle maintenait la règle ordinaire : « Tous les actes faits en fraude du droit des créanciers peuvent être annulés. »

Puis l'utilité des présomptions de fraude se faisant vivement sentir, le règlement de 1702 les créa ; mais il avait soin d'ajouter que le droit commun tel qu'il avait été rappelé par l'ordonnance de 1673 restait en vigueur.

Aujourd'hui, il en est encore de même. Tous les

(1) Les arrêts l'ont dit formellement : Cass., 24 déc. 1860 ; S., 1861, 1, 538. Cass., 19 mars 1883 ; S., 1883, 1, 203 ; v. S., 1886, 2, 176.

actes frauduleux peuvent être annulés en faveur des créanciers qui souffrent un préjudice. En vain invoquerait-on, pour les maintenir, le texte de l'art. 1167 du Code civil qui ne parle que des actes faits par le débiteur ; la fraude doit être punie d'où qu'elle vienne, voilà le principe de droit commun qui n'a jamais été mis en doute. Au reste, la protection ne garantit guère la masse de la faillite puisqu'il va falloir pour autoriser ses droits, que la femme ait eu connaissance de la cessation des paiements de son mari (1).

J'ai dit que ces conditions se présenteraient rarement : la masse sera-t-elle le plus souvent désarmée ?

Je crois que, sans avoir besoin des art. 446 et 447, on peut ne pas être réduit au droit commun pour faire tomber l'hypothèque légale dont le créancier a obtenu le bénéfice, grâce à la subrogation consentie par la femme. Cette subrogation dangereuse ne tombe-t-elle pas, en effet, sous le coup de deux articles du Code de commerce dont les termes généraux doivent s'appliquer à elle, je veux parler des art. 597 et 598. L'argument a été aperçu par peu d'auteurs et les arrêts n'en font guère mention (2).

Les art. 597 et 598 déclarent nulles, à l'égard de toutes personnes, les conventions passées soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, d'où résulte-

(1) Aubry et Rau, t. III, § 264, p. 223.

(2) V. Da', 1869, 1, 5, note de M. Beudant.

rait au profit d'un créancier, et au détriment de la masse un avantage particulier. Cette nullité peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt : par les créanciers et par le failli lui-même ; aucune fin de non-recevoir ne peut en paralyser l'effet. Bien plus, ces articles permettent d'appliquer aux créanciers une peine, la loi y a vu un délit qu'elle réprime énergiquement.

Or, lorsque la femme a subrogé un créancier dans l'hypothèque légale qu'elle acquérait par le fait de son cautionnement, elle a conféré à ce créancier qui l'a reçu un avantage au préjudice de la masse : la nullité ne saurait être évitée, et l'on satisfait ainsi à l'équité ; il était inadmissible qu'on permit à la femme de faire naître une hypothèque pour en transférer immédiatement le bénéfice à un créancier qui n'en pouvait recevoir directement du mari.

Ainsi, les art. 597 et 598 viennent compléter l'article 446 : « On ne défend pas seulement au débiteur, aux approches de la faillite, de conférer des garanties nouvelles à quelque créancier au préjudice des autres, mais on interdit à ces mêmes créanciers d'en obtenir une : on défend d'une façon absolue que les dettes chirographaires ne viennent s'adjoindre une garantie réelle aux approches de la faillite, et on prohibe ces garanties d'où qu'elles viennent » (1).

Seulement, remarquons-le, il y a une différence, —

(1) Note de M. Beudant, D., 1869, 1, 6.

illogique si l'on veut, mais certaine, — entre les hypothèques conférées directement par le débiteur et celles qui lui sont venues par l'intermédiaire de la femme. Les premières sont nulles de plein droit, en vertu de l'art. 446 qui présume la fraude. Mais ici pour annuler la subrogation, il faut qu'il y ait eu chez le créancier qui l'a reçue, connaissance de la situation de son débiteur, et intention de frauder la masse; en effet, l'article 597 que nous appliquons ici, déclare le créancier coupable d'un délit; or, il faut, pour l'existence du délit, l'intention frauduleuse du créancier dont la preuve doit être faite (1).

Malgré tout, cet article est plus avantageux pour la masse que l'art. 1167 du Code civil ou l'art. 447 du Code de commerce, car il fallait pour annuler la subrogation à l'hypothèque légale que la femme ait été au courant de la situation de son mari.

Ici, au contraire, peu importe qu'il y ait chez elle bonne foi ou connaissance des choses dès que le créancier a voulu frauder, la subrogation qu'il a reçue ne lui servira point, et l'hypothèque légale dont le créancier est privé ne pourra plus être invoquée par la femme, parce qu'en subrogeant un tiers elle a perdu le droit d'user de cette hypothèque jusqu'à concurrence de ce que le créancier aurait dû y perdre.

(1) Demangeat s. Brav., t. VI, p. 120. Il n'y a plus ici de preuves, seulement la connaissance de la cessation de paiements.

La masse va se trouver ainsi protégée, mais en une mesure seulement : car la femme, si elle avait cautionné son mari, aurait droit à une hypothèque légale qu'elle opposerait valablement à la masse, à supposer bien entendu qu'il n'y ait pas eu de sa part de subrogation ; voilà une lacune, je l'ai dit, de notre législation moderne.

Mais tout n'est pas fini dans cette théorie juridique si délicate que nous avons esquissée ; il y a eu un point laissé dans l'ombre.

Nous avons dit que sous certaines conditions, que nous avons essayé de préciser, l'hypothèque légale de la femme venait à être annulée ; faut-il ajouter que par contre-coup l'engagement de la femme vis-à-vis du créancier tombera ? Si cette solution était adoptée, elle priverait le commerçant dont les affaires sont embrouillées de ses ressources les plus précieuses ; de l'impossibilité d'obtenir des délais qui seraient peut-être pour lui le salut ; pourrait-on empêcher une femme de faire à son mari gêné le sacrifice de sa fortune (1) ?

D'ailleurs la femme conserve le droit de s'obliger, sa capacité n'est atteinte en aucune manière. On a essayé d'annuler son engagement en incriminant l'autorisation donnée par le mari, l'engagement manquerait alors d'un élément essentiel et devrait tomber.

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Rev. crit.*, t. XLVIII, an. 1881, p. 284. Ortol., 1879, p. 563 et s. Dal., 1869, 1, 6. Thezard, *Nantis., priv. et hyp.*, n° 93.

Nous nous sommes expliqué sur ce point, et nous avons dit que le mari conservait le droit d'autoriser valablement sa femme même après la faillite, et *a fortiori* en est-il de même lorsqu'il y a simplement cessation de paiements.

On prétend que la femme ne peut cautionner son mari si elle n'a pas contre lui un recours efficace appuyé sur une hypothèque. Mais on ne saurait trouver dans la loi un texte servant de base à cette théorie. La femme ne pourrait-elle pas cautionner son mari s'il n'a pas d'immeuble, ou si ceux qu'il a ont été par lui acquis à titre onéreux depuis son mariage (car nous verrons que l'hypothèque légale ne les frappe pas).

Qui oserait le soutenir? Ce qui est vrai, c'est que l'hypothèque suppose pour sa validité les immeubles libres. Car depuis la cessation de paiements, les immeubles ne sont plus libres en ce sens que le mari ne peut ni directement, ni indirectement avantager l'un de ses créanciers qui veut améliorer sa situation au préjudice des autres (1).

La femme, dit-on, lorsqu'elle cautionne son mari, qui n'a pas d'immeuble, consent à se passer d'hypothèque; elle le peut. Mais ici elle a compté sur la sûreté

(1) Quelques auteurs ont soutenu que l'hypothèque légale n'était pas radicalement perdue, qu'elle était paralysée seulement dans l'intérêt de la masse; mais les art. 597 et 598 qui sont la cause de l'annulation, déclarent que l'hypothèque est nulle à l'égard de tous, même du failli.

réelle. M. Labbé répond à cet argument en faisant observer qu'à raison de la situation du mari et des intérêts de la masse, la loi présume une renonciation tacite de la femme à l'hypothèque légale. Et la supposition n'a rien d'arbitraire, si elle connaît les affaires de son mari. L'a-t-elle ignoré, la loi ne tient pas compte de son erreur : elle n'est pas restituable de ce chef. On suppose, bien entendu, qu'elle n'a pas été l'objet de la fraude des créanciers qui l'auraient contrainte par violence ou entraînée par dol ; dans ce cas, son obligation pourrait être annulée.

J'avoue que ces considérations sont loin d'être justifiables ; il eût mieux valu que l'engagement de la femme fût annulé lorsqu'elle a été de bonne foi et a cru avoir l'hypothèque légale, mais encore que l'équité ne soit pas satisfaite, on ne saurait repousser cette solution juridique.

On a parlé enfin, pour déclarer nulle l'obligation, de l'art. 2037 du Code civil relatif au cautionnement. La caution est déchargée lorsque la subrogation aux hypothèques ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. C'est la faute du créancier, dit-on, si cette subrogation n'a pas lieu, il a eu tort de traiter avec un débiteur en état de cessation de paiements.

Ce raisonnement pêche par deux côtés. La créance d'abord peut remonter à une époque antérieure à la cessation de paiements, et il n'y a pas à reprocher aux

créanciers d'avoir traité dans ces conditions. Quand même enfin le contrat aurait eu lieu dans la période suspecte, l'art. 2037 ne saurait être invoqué; il suppose un créancier qui a laissé devenir inefficaces des sûretés dont il pouvait conserver l'effet. Ici l'inefficacité tient à une cause dont il n'est pas responsable, qui n'a pas dépendu de sa volonté (1).

Les explications que nous avons cru nécessaire de fournir montrent suffisamment la difficulté de la matière. Les incertitudes de la loi sont d'autant plus funestes que les questions que nous avons soulevées se présentent fréquemment devant les tribunaux. Il aurait été souhaitable que le nouveau projet de loi des faillites les eût résolues d'une façon formelle; mais on ne trouve rien malheureusement : la question est spéciale et n'a pas attiré jusqu'ici l'attention du législateur.

La loi allemande a été plus prévoyante. Elle n'annule pas seulement les donations faites à la femme dans les deux ans précédant la faillite, elle fait subir le même sort à toutes les garanties fournies à la femme dans ce délai pour la restitution de sa dot et des biens qu'elle a recueillis dont le mari a l'administration. Il n'en serait autrement que si ces garanties devaient être procurées par la loi (art. 125 et 126, loi de 1877) (2).

(1) Cass., 11 août 1858 et 23 juil. 1860; S., 1861, 1, 93.

(2) Thal., t. I, p. 397. La loi allemande n'attribue pas, comme chez nous, l'hypothèque légale de plein droit pour toutes les créances.

Ces articles ne disent rien des garanties accordées à la femme qui cautionnerait son mari ; mais elles seraient sans doute annulées pas *a fortiori*, puisqu'on atteint même les garanties qui assurent le remboursement des apports nuptiaux.

§ 3. *Des promesses d'hypothèques.*

Nous avons parlé déjà des hypothèques conventionnelles, judiciaires et légales ; et nous avons examiné quelle influence avait sur elles la cessation de paiements. Il semblait que nous avions épuisé le sujet. Mais une question nouvelle s'est posée en ces derniers temps à la Cour de cassation (1) et plus récemment encore à la Cour de Paris (2).

Il s'agissait au premier cas d'une promesse de gage et au deuxième cas d'une promesse d'hypothèque. Quel est son effet, et doit-on l'assimiler à l'hypothèque déjà constituée ? Voici, au surplus, l'hypothèse telle qu'elle s'est présentée à la Cour de Paris.

Une hypothèque avait été promise, sans être constituée, pour garantie d'un prêt au moment même où le prêt avait été fait ; mais l'hypothèque n'avait été cons-

(1) Cass., 20 janv. 1886 ; S., 1886, 1, 305.

(2) Cour de Paris, 7 juil. 1886 ; S., 1887, 2, 65.

tituée par l'emprunteur que postérieurement ; et au moment de la constitution l'emprunteur tombé depuis en faillite, avait déjà cessé ses paiements. La période suspecte avait pris naissance.

Il fallait savoir si la constitution d'hypothèque était nulle de droit en vertu de l'art. 446, comme n'étant pas concomitante à la naissance de la dette qu'elle garantissait. Ou plutôt, cette hypothèque étant nécessairement postérieure, il fallait savoir si la promesse d'hypothèque qui s'était formée lors de l'obligation, devait avoir le même effet que l'hypothèque elle-même et bénéficiait de la faveur qui lui était faite.

Nous supposons au début comme chose certaine, et pour écarter toute difficulté, que la promesse d'hypothèque est née avec la créance.

Pour qu'il en soit ainsi, on a fait remarquer que la promesse devait avoir acquis date certaine à ce jour. Sans cette condition, elle ne pourrait être opposable aux tiers, et l'on a considéré comme tiers les créanciers du failli, lesquels sont dans une situation particulière leur donnant un droit personnel, lorsqu'ils invoquent les nullités des art. 446 et suivants, pour reconstituer l'actif qui forme leur gage (1).

(1) Cass., 29 déc. 1858. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2848, *Dr. com.* On peut douter que la présence d'un acte ayant date certaine soit nécessaire pour prouver la simultanéité de la promesse d'hypothèque et de la naissance de la dette. En effet, le plus souvent, la promesse d'hypothèque faite par un

Cela dit, la jurisprudence a cru dans ces circonstances devoir annuler l'hypothèque, quand elle interviendrait depuis la cessation de paiements. En vain avait-elle un germe, une cause contemporaine de la dette; la promesse qui a été faite, n'a pas été considérée comme ayant une vertu suffisante. Nous croyons devoir adopter cette doctrine. Mais MM. Lyon-Caen et Renault, dans une note savante, ont cru devoir combattre cette solution, et ils ont donné à l'appui de leur thèse des raisons qui méritent un sérieux examen; car la question est des plus délicates, outre qu'elle offre l'attrait d'une nouveauté.

Il est un point d'abord sur lequel tout le monde s'accorde; un débiteur promet verbalement, par lettre ou commerçant intervient dans l'intérêt de son commerce, garantit une dette commerciale, et on sait qu'en ce cas, l'application de l'art. 1328 est écartée. D'ailleurs, y eut-il une promesse d'hypothèque assurant le remboursement d'une dette civile, on peut se demander si la masse est bien un tiers au sens de l'art. 1388, à qui un acte sous seing privé ne peut être opposé s'il n'a pas date certaine.

Ces observations étant faites, et sans vouloir discuter la dernière question que j'ai soulevée, il faut en conclure que si la rigueur d'une preuve au moyen d'un acte ayant date certaine n'est pas exigée en cas de promesse d'hypothèque, et si néanmoins elle a l'effet de valider l'hypothèque constituée plus tard depuis la cessation de paiements, il pourrait en résulter des dangers, car la preuve peut être fragile. Il y a là une raison de plus pour faire hésiter à suivre l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault, qui se prononcent pour la validité de l'hypothèque.

par tout autre écrit sous seings privés, à son créancier, de lui donner une hypothèque, la promesse est valable comme toute convention qui n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.

Mais l'hypothèque sera seulement constituée par le contrat que le débiteur a promis de consentir (1).

Quel est alors l'effet de cette promesse? Le créancier est en droit d'en exiger l'accomplissement au moyen de la passation d'un acte notarié. Le débiteur refuse-t-il, il pourra obtenir un jugement, et ce jugement emportera hypothèque judiciaire (2). C'est un jugement de condamnation comme un autre. Sont tels, en effet, ceux qui constatent l'existence d'une dette et en imposent l'acquittement à titre de condamnation, peu importe que cette dette soit autre chose que de l'argent.

L'hypothèque judiciaire naîtra donc avec sa géné-

(1) Laurent, t. XXX, p. 423. Dal., J. G., *Priv. et hyp.*, n° 4256. Pont, *Priv. et hyp.*, n° 658. Paris, 16 juil. 1852; D., 1854, 2, 205. Cass., 5 nov. 1860; D., 1861, 4, 301.

(2) Aubry et Rau, § 266, t. III, p. 275. Pour M. Laurent, l'effet de la promesse d'hypothèque est, si le débiteur refuse d'y satisfaire, de donner lieu à des dommages-intérêts, car les jugements n'emportent pas hypothèque judiciaire. On s'était demandé si l'on ne devait pas considérer ici le jugement comme un contrat remplaçant l'acte notarié et entraînant l'hypothèque promise. Ce ne fut pas appliqué, aussi il n'y aura lieu qu'à des dommages intérêts, et en plus, la créance devient exigible, car l'hypothèque avait été la condition du crédit (Laurent, t. XXX, p. 425).

ralité habituelle, elle subsistera comme telle, pour ne disparaître que lorsque le débiteur se sera exécuté en fournissant l'hypothèque spéciale qu'il devait.

Il en serait de même, encore que le jugement condamnant à fournir une hypothèque sur tel immeuble désigné aurait déclaré que, faute d'avoir passé l'acte dans tel délai, le jugement en tiendrait lieu. Malgré tout, l'hypothèque générale a une utilité, car avant la fin du délai, s'il n'y avait pas eu cette hypothèque, le débiteur aurait pu aliéner l'immeuble visé par le jugement ou le grever d'autres hypothèques qui auraient primé celles que le jugement obligeait à constituer (1).

La promesse d'hypothèque étant valable, il ne faudrait pas la confondre avec la constitution d'hypothèque. Il existe entre les deux faits des différences caractéristiques :

1° Une constitution d'hypothèque ne peut être consentie que par acte notarié ; on peut en promettre par acte sous seings privés (2).

2° On ne peut constituer des hypothèques sur des biens à venir exclusivement ; on peut promettre d'en constituer au fur et à mesure que des immeubles seront acquis.

3° L'hypothèque, dès qu'elle est constituée, doit

(1) Valette, *Rev.*, Fœlix, an. 1849, p. 981.

(2) Paris, 16 juil. 1852 ; S., 1852, 2, 417. Cass., 5 nov. 1860 ; S., 1861, 1, 850. Pont, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 658.

être inscrite; on ne saurait parler de l'inscription d'une hypothèque qui serait seulement promise.

Constitution et promesse d'hypothèque ne peuvent, en général, être assimilées, et si le Code, à l'art. 1589 du Code civil, a posé pour la vente une règle spéciale : « promesse de vente vaut vente », il n'y a pas à tenir le même langage ici, et à dire : promesse d'hypothèque vaut hypothèque. On comprend, d'ailleurs, entre les deux hypothèses, une distinction. La vente n'étant assujettie à aucune forme ne se sépare pas, par ce côté, de la promesse de vente, au lieu que la promesse d'hypothèque peut être sous seing privé, tandis que l'hypothèque suppose, nécessairement, un acte notarié.

Ces considérations générales étaient intéressantes à noter, car elles montrent l'esprit de la loi dans ces matières, le droit commun qui régit la promesse d'hypothèque.

D'ordinaire, la loi la sépare nettement de la constitution d'hypothèque; les assimiler ce serait abandonner le système ordinaire du législateur; mais faut-il les mettre sur le même pied quand on les considère au point de vue spécial de l'art. 446, et faut-il soutenir que la promesse d'hypothèque accompagnant la naissance d'une dette aura vertu suffisante pour rendre valable une hypothèque constituée plus tard pendant la période suspecte en vertu de la promesse?

On l'a soutenu, comme je l'ai dit. La question s'est présentée, d'abord, à propos du gage. Le gage, en

vertu de l'art. 446, est soumis aux mêmes règles que l'hypothèque, il a fallu savoir si la promesse de gage, intervenant en même temps que la dette, pouvait être réalisée plus tard. Une créance avait été constituée en gage, mais le créancier gagiste n'avait pas été mis en possession de sa créance. On décida qu'il y avait là une condition essentielle à la validité du gage ; d'où, à son défaut, on déclara se trouver seulement en présence d'une promesse de gage (1).

(1) Cette question a été vivement discutée ; mais la Cour de cassation statuant en ce sens, s'est inspirée des considérations juridiques les plus graves, et la doctrine adopte la même solution ; en effet, le gage est un contrat réel qui suppose nécessairement la remise d'une chose, et diffère en cela de l'hypothèque. Dispenser de la remise du titre chez le créancier, ce serait créer le gage sans déplacement que la loi n'a pas autorisé. On objecte que la mise en possession du créancier n'est pas de l'essence du contrat, qu'elle est dans l'intérêt des tiers, et que ceux-ci étant protégés d'une autre manière par la signification du contrat de gage au débiteur, elle serait ici superflue. Mais, souvent le Code exige simultanément les deux formalités (antichrèse). D'ailleurs, après avoir parlé du gage corporel et des créances, le Code dit à l'art. 2076 : « dans tous les cas, il faut la remise de la chose engagée. » On ne pourrait difficilement échapper à cet argument (v. Colmet de Santerre, *Code civil*, t. VIII, n° 302 *bis*). Il se retrouve encore plus formel dans la loi de 1863 sur le gage commercial. Cela dit, la loi, comme on l'a fait remarquer, se trouve être plus sévère pour le gage que pour la cession de créance où la remise du titre n'a trait qu'aux rapports du cédant et du cessionnaire. Mais il n'y a pas à s'en

Statuant ensuite au point de vue de l'art. 446, elle a refusé à cette promesse l'effet d'une mise en gage véritable, elle l'a annulé, étant admis qu'elle avait eu lieu pendant la période suspecte.

MM. Lyon-Caen et Renault, dans une savante note, ont critiqué cette solution, et quand la question s'est posée pour la promesse d'hypothèque, par identité de motifs ils lui ont étendu ce qu'ils avaient dit pour le gage; il est utile d'insister sur les arguments proposés, en nous restreignant bien entendu à la promesse d'hypothèque, qui seule rentre dans notre sujet.

Disons-le au début, il semble au point de vue pratique, que la promesse d'hypothèque soit plus dangereuse que la promesse de gage à l'égard des tiers : en effet, lorsque, dans l'espèce que j'ai rappelée, la mise en gage de la créance avait été signifiée au débiteur sans qu'il y ait eu mise en possession du titre, les tiers

étonner; déjà, d'après l'art. 2074, la loi subordonne le gage à la rédaction d'un écrit, et la même chose n'est pas exigée pour la cession de créance; cela tient à la défaveur du gage (note de MM. Lyon-Caen et Renault, S., 1886, 4, 305).

Une autre question s'était posée; le titre de créance étant authentique, faut-il remettre la grosse ou suffit-il d'une simple expédition? Exiger la grosse paraît plus sûr. On mettrait le créancier dans l'impossibilité de s'en servir; on dit qu'il pourrait s'en faire délivrer une autre, mais la justice intervient dans les demandes, et la fraude est difficile. Pourtant, la Cour de cassation se contente d'une expédition, car elle est un titre, et l'on rentre dans les termes de la loi.

pouvaient se renseigner chez le débiteur qui, lui, était au courant des faits; ils étaient ainsi moins exposés à des surprises. En cas de promesse d'hypothèque, où prendre des renseignements? On offre aux tiers un immeuble qui leur indiquera s'il est libre ou non : ils n'ont plus une personne de qui ils apprendront la vérité. Ainsi la promesse d'hypothèque offre un danger : il est à redouter que des créanciers à qui l'hypothèque a été promise, ne tiennent en quelque sorte la promesse en réserve et n'en demandent la réalisation que si leur débiteur vient à cesser ses paiements; de là un préjudice pour les tiers.

Un tiers, par exemple, sait la situation embarrassée d'un négociant, il consent à lui prêter de l'argent, se disant : « il y a un immeuble, et je serai payé ». Il aurait pu, sans doute, convenir d'une hypothèque, mais il veut bien ménager le crédit de son débiteur et se dit : « l'immeuble est libre d'hypothèque; mon débiteur est en état de cessation de paiements, si ses embarras s'accroissent et si la faillite est déclarée, tous les créanciers qui voudraient obtenir une hypothèque pour dette antérieure n'en auront pas le droit, n'est-il pas juste qu'une promesse d'hypothèque antérieure puisse être réalisée? » L'inconvénient disparaît avec la nullité de droit.

Et, du reste, le plus grand inconvénient de la solution qu'on propose est de heurter l'art. 446; la loi ne fait échapper à la nullité que l'hypothèque constituée

pour une dette qui naît avec elle. En dehors de là, la nullité de droit s'applique; on ne peut étendre l'exception, d'autant plus que les précédents historiques sont un argument dans ce sens.

D'après le Code de commerce de 1807, toute constitution d'hypothèque intervenue durant la période suspecte était nulle; en 1838, on trouva le système trop rigoureux et l'on fit alors la restriction que je viens d'indiquer, il ne faut pas lui en adjoindre une autre.

Sans s'attacher à réfuter directement cet argument de texte, qui paraît décisif à nos yeux, MM. Lyon-Caen et Renault lui opposent une considération ingénieuse. Lorsque la constitution d'hypothèque intervient conformément à la promesse qui a été faite lorsque la dette est née, elle n'est que l'exécution d'une obligation préexistante qui a pris naissance avec la dette; le débiteur fait ce qu'on appelle un paiement en prenant le mot au sens le plus général, et les paiements de dettes exigibles, faits pendant la période suspecte, ne sont pas nuls de droit, en vertu de l'article 446. J'observe d'abord que cette idée de paiement ne doit pas induire en erreur; il ne faudrait pas croire qu'en raison de cette idée l'hypothèque, constituée suivant la promesse, aurait pour date le moment où cette promesse est intervenue, qu'elle rétroagirait dans le passé, et qu'on pourrait dire par fiction l'hypothèque constituée en même temps que la dette. On n'y a pas songé; la constitution d'hypothèque ne ré-

troagit pas; elle est donc postérieure à la dette, mais la promesse précédente la légitime.

Reprenons maintenant le système de MM. Lyon-Caen et Penault; on peut y faire deux réponses : d'abord, il semble qu'on considère à part comme un paiement la constitution d'hypothèque réalisée en vertu de la promesse qui avait été faite. Un paiement, c'est l'extinction d'une obligation, il fait cesser le lien de droit entre le créancier et le débiteur; or, la constitution d'hypothèque le laisse subsister, elle le fortifie au contraire.

On pourrait objecter qu'il y a des paiements réglés en effets de commerce, lesquels pourtant ne font pas cesser la dette de celui qui les souscrit. Mais c'est que par exception, et pour les besoins du commerce, on les assimile à une monnaie courante qui peut circuler de main en main. Il n'y a pas à en dire autant de la constitution d'hypothèque qui intervient ici.

D'ailleurs à supposer, ce que je conteste, qu'elle soit un paiement, il faut reconnaître qu'elle n'est pas un paiement en espèces ou effets de commerce; or, tous les paiements qui n'ont pas ce caractère sont nuls de droit, en vertu de l'art. 446 qui n'est pas, je l'ai dit, spécial à la constitution d'hypothèque.

La Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris paraissent donc avoir jugé suivant la loi. Nous n'entendons pas, bien entendu, justifier en législation leur décision; la promesse d'hypothèque au moment de la

naissance de l'obligation montre la volonté du créancier de se ménager une sûreté. La même observation pourrait être répétée à propos du gage (1). Quant aux autres créanciers devenus tels postérieurement à la promesse d'hypothèque qui seraient lésés parce qu'ils n'ont pas pu voir sur les registres du conservateur la trace de la promesse d'hypothèque, sont-ils à prendre en considération ? On en peut douter. Ils n'avaient qu'à se faire donner une hypothèque, à la faire inscrire. Ils auraient eu, sans contredit, une préférence qu'ils peuvent se ménager.

SECTION II

DES EFFETS DE L'INSCRIPTION D'HYPOTHÈQUE PRISE DEPUIS LA
CESSATION DE PAYEMENTS ET AVANT LE JUGEMENT DÉCLARATIF

L'efficacité d'une hypothèque, suppose, on le sait, deux actes successifs. Nous avons examiné le premier

(1) On avait dit pour valider la remise du titre de la créance en gage intervenue depuis la cessation de paiements, qu'elle était analogue à l'inscription d'hypothèque, et comme telle on lui appliquait l'art. 448. Mais cet article, ainsi que je le ferai remarquer au chapitre suivant, ne saurait être étendu en dehors du cas spécial qu'il vise ; il soutient une déchéance. Ainsi on n'étend pas le texte à la cession de créance (Demangeat s. Brav., t. V, p. 295, note 1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2788 ; Bédarride, *Fail. et banquier*, t. I, p. 132).

et nous avons vu quelle valeur il avait lorsqu'il se passait depuis la cessation de paiements.

Supposons maintenant une hypothèque valablement constituée avant la faillite, soit qu'elle ait été fournie par le débiteur avant le commencement de la période suspecte augmentée des dix jours, soit que datant de cette période, elle soit intervenue pour une dette qui naissait en même temps qu'elle.

Mais cette hypothèque au moment où la crise éclate, où le négociant cesse ses paiements n'a pas encore été inscrite : elle n'est pas opposable aux tiers dans ces conditions. L'inscription va-t-elle pouvoir être prise valablement ? Elle est nécessaire pour vivifier les droits préexistants qui, sans cette formalité, n'auraient aucun effet ; aussi en la rendant impossible, on causerait un grave préjudice aux créanciers qui ne le mériteraient pas, car elles ne sont pas pour eux l'attribution d'un droit nouveau, d'un avantage qu'il ne s'était pas ménagé auparavant. Comment alors assimiler la constitution d'hypothèque et son inscription ? Nous avons déjà posé la question, en supposant une inscription qui serait intervenue depuis le jugement déclaratif, et nous avons vu que la loi l'annulait toujours. Nous avons montré la rigueur de cette décision : en 1807, dans le Code de commerce, l'inscription comme la constitution d'hypothèque avaient été déclarées nulles. Le Code civil avait édicté l'art. 2146, la nullité des inscriptions d'hypothèques prises dans le délai où les

actes passés par le failli seraient déclarés nuls et la nullité avait été fixée à l'époque de la cessation de paiements, augmentée encore d'une période de dix jours en vertu de l'art. 443.

Quelques auteurs avaient prétendu que cet art. 443 avait abrogé l'art. 2146 du Code civil, et comme il ne s'appliquait qu'aux constitutions d'hypothèque, l'inscription aurait été possible.

Ce système a été imaginé pour essayer d'atténuer une règle mal construite et il n'a pas été suivi; l'article 443 du Code de commerce n'était que le complément de l'art. 2146 qui l'avait annoncé; s'il ne parle que des constitutions d'hypothèques, c'est que le sort des inscriptions avait été réglé par avance (1).

Donc le système ancien était rigoureux, assimilant au contrat d'hypothèque une simple formalité qui ne faisait que le compléter; c'était sacrifier injustement l'intérêt des créanciers hypothécaires. Quelles qu'aient été leur bonne foi et leur diligence à s'inscrire, ils pouvaient se trouver dans l'impossibilité de profiter d'une hypothèque valable n'ayant pu la faire inscrire que dans les dix jours de la cessation de paiements (2). Aussi une réforme était-elle à souhaiter. Elle devenait inévitable en 1838, dès qu'on admit avec l'art. 446 que les hypothèques consenties pendant la période suspecte en

(1) Cass., 25 fév. 1843; Dal. 1843, 1, 174. Dal., Cod. com., ann. sur l'art. 448, p. 603.

(2) Demangeat s. Bravard, t. V, p. 231.

même temps que la créance étaient valables. Si les inscriptions n'étaient pas possibles, la validité de l'hypothèque eut été une ironie.

Aussi l'art. 448 dit-il que les droits d'hypothèque valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. Mais on a cru que les créanciers devaient, par leur empressement, montrer leur désir de bénéficier de l'hypothèque; aussi, a-t-on imparti un délai dans lequel ils devront s'inscrire; les inscriptions prises dans la période suspecte pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription. Le texte ajoute un délai supplémentaire à raison des distances entre le lieu où le droit d'hypothèque a été acquis et le lieu où l'hypothèque sera prise.

Ce texte paraît laisser place à la critique. Étant donné qu'on ne voulait pas déclarer valables toutes les inscriptions prises pendant la période suspecte, pourquoi avoir fixé un délai de quinzaine pendant lequel les inscriptions seraient inattaquables?

Est-ce que les créanciers chirographaires ne seront plus surpris parce que l'inscription est réduite à ce court délai? On ne saurait le dire, car rien ne les avertit de la constitution d'hypothèque, point de départ du délai, laquelle n'est pas rendue publique. Est-ce que les créanciers seront plus dignes de faveur parce qu'ils se sont fait inscrire plus tôt; mais plus la date de l'ins-

cription est rapprochée de l'acte constitutif d'hypothèque, plus la fraude est à craindre ; la célérité dont ils ont fait preuve montre qu'ils étaient au courant de la situation et qu'ils voulaient en tirer le meilleur parti possible, qu'ils ont essayé de frauder la masse. Aussi à toute époque, l'inscription d'hypothèque aurait dû avoir le même effet, on ne voit pas le motif de mettre à part un délai de quinzaine ; je veux dire par là qu'à toute époque l'inscription d'une hypothèque valable aurait dû être inattaquable. Le danger auquel on veut remédier ne saurait justifier la règle.

Pourquoi ne pas permettre d'inscrire, jusqu'au jugement déclaratif de faillite, une hypothèque valable ? pour ne pas nuire aux autres créanciers ? Mais ceux-ci n'ont qu'à demander une hypothèque en devenant créanciers du failli et à s'inscrire aussitôt, ils primeront les autres à raison de leur date. Ils n'ont pas besoin, pour se protéger, de la nullité de l'art. 448.

Quelle est alors son utilité ? On ne parvient pas à la découvrir. Aussi M. Courcelle-Seneuil, dans le projet de loi des faillites, a-t-il supprimé le § 1 de l'art. 448. M. Laroze le maintient tel quel, on ne sait pourquoi.

Si nous considérons les lois étrangères on voit que le Code italien, à l'art. 710, autorise les inscriptions jusqu'au jugement déclaratif, et comme il n'apporte pas d'exception à ce principe, les inscriptions prises antérieurement ne pourraient être annulées qu'en se référant au droit commun en matière de fraude.

A l'inverse, l'art. 447 du Code belge reproduit notre art. 448 ; la seule différence est qu'il fixe un délai invariable de quinzaine depuis l'acte constitutif d'hypothèque sans l'augmenter à raison des distances.

Sans plus parler du point de vue législatif, il faut dire que l'art. 448 a organisé une déchéance relative aux inscriptions : d'où il résulte qu'elle ne doit pas être étendue et appliquée au gage et nantissement.

L'inscription prise dans les quinze jours suivant la constitution d'hypothèque peut être annulée par le tribunal ; par là, la nullité diffère de celle de l'art. 446. Elle n'a pas lieu de plein droit.

Elle diffère aussi d'une nullité qui a été organisée par l'art. 447 à propos de certains actes dont nous n'avons pas à parler parce qu'il ne s'agit pas d'hypothèque. Cette nullité a été subordonnée à la connaissance par le créancier de la cessation de paiements. Ce n'est plus nécessaire ici, et le texte en a tiré une conséquence, c'est que la nullité peut être prononcée dans les dix jours qui ont précédé la cessation de paiements. Si le tribunal est souverain appréciateur il se décidera par la raison qu'il voudra ; il appréciera suivant les circonstances, si le créancier a été ou non négligent à s'inscrire (1).

J'ajoute que cette nullité diffère également de celle qui résulte du droit commun de l'art. 1167. La con-

(1) Req., 2 mars 1863 ; D., 1864, 1, 25.

naissance de la cessation de paiements chez le créancier et chez le débiteur n'est pas nécessaire à démontrer ; et puis il est bien certain que la masse tout entière profite de l'annulation, tandis qu'au contraire, il y a une vive discussion pour savoir si le bénéfice de l'action paulienne doit être réservé aux créanciers antérieurs à l'acte attaqué, sans pouvoir être réclamé par les créanciers postérieurs qui n'auraient pu intenter action, aussi ce bénéfice appartient à tous les créanciers faute d'un droit de préférence établi par la loi.

L'art. 448 s'applique-t-il à toutes les hypothèques ? Pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires, aucun doute ne saurait s'élever (1).

Quant aux hypothèques légales, ou plutôt quant à celles de la femme et du mineur, il n'y a plus la même certitude.

Disons d'abord que pendant toute la durée du mariage ou de la tutelle et même dans l'année qui suit sa dissolution ou sa fin, l'hypothèque légale de la femme et du mineur peuvent être inscrites. Si l'inscription a eu lieu dans ces conditions elle est valable, quand même elle n'aurait eu lieu qu'après le jugement déclaratif de faillite, car ces hypothèques pouvaient valoir sans inscription (2). D'ailleurs elles conservent à l'hypothèque

(1) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. II, p. 729. Colmet de Santerre, t. V, n° 182 *bis*, XV. Laurent, XVI, n° 489. Aubry et Rau, t. IV, § 363. Demang. s. Brav., t. V, p. 212.

(2) Esnault, *Fail.*, t. I, n° 225. Massé, *Dr. com.*, 2° éd., t. II,

le rang que la loi lui attribue ; elles ont par conséquent le même effet que si elles étaient prises pendant le mariage au jour même de la naissance de la dette.

Mais une année s'est écoulée depuis la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, le mineur et la femme sont venus plus tard faire inscrire leur hypothèque lorsqu'il y avait cessation de paiements. L'article 448 aura-t-il son effet ? Et les tribunaux, s'ils le jugent convenable, auront-ils la faculté d'annuler l'inscription ? La question s'est posée en 1879 à la Cour d'Alger (1). Il s'agissait d'une femme majeure qui avait négligé d'inscrire l'hypothèque légale de sa mère pendant dix ans ; la Cour d'Aix s'est prononcée pour la nullité de l'inscription qui avait été prise après les dix ans, et le raisonnement mis en avant ne manque pas de valeur.

Le législateur, dit-on, a voulu que l'hypothèque légale fût inscrite dans l'année ; il a fixé ce délai de grâce, mais ce temps étant écoulé, il l'a fait rentrer dans le droit commun auquel appartient l'art. 448 ; en vain, l'art. 8 de la loi de 1855 ne le vise pas ; c'était inutile, il était suffisant de poser la nécessité de l'inscription ; on n'a pas hésité à lui appliquer les art. 2251 et 2254, quoique la loi n'ait rien dit.

Sans doute le droit commun reprend son empire sur

n° 1220. Pont, *Priv. et hyp.*, n° 890 et 895. Baux, *Com.*, *Code Nap.*, sur l'art. 2146.

(1) 23 juin 1879, *J. Pal.*, p. 829.

les hypothèques légales, lorsque s'est écoulée l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle. Mais l'art. 448, dont il est ici question, contient une déchéance; et la loi l'a subordonnée, par l'application qu'en peut faire le juge, à plusieurs conditions nécessaires : le texte ne peut être étendu.

Or, l'une de ces conditions semble inapplicable aux hypothèques légales des incapables.

Pour que le juge puisse annuler une inscription, il ne suffit pas qu'elle soit prise depuis la cessation des paiements ou les dix jours qui précèdent, il faut encore qu'elle soit intervenue plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif d'hypothèque. Or, il n'y a pas ici d'acte constitutif d'hypothèque. La Cour d'Alger qui n'a pu passer sous silence cet argument, prétend que c'est professer un singulier respect des textes, que de sacrifier à une expression purement littérale la pensée du législateur. Mais j'ai dit qu'il s'agissait ici d'une déchéance, et qu'on ne pouvait compléter la loi (1).

D'ailleurs si l'on voulait assimiler aux autres hypothèques, l'hypothèque légale, en sortant des termes de l'art. 448, on se heurterait à une difficulté accessoire. Comme il n'y a pas d'acte constitutif d'hypothèque

(1) Colmar, 15 janv. 1862; S., 1862, 2, 102. Troplong, *De la transcription*, n° 317. Caen, 18 juin 1879. *Contra*, Aubry et Rau, t. III, § 269, note 21. Audier, *Effets de la loi de 1855 sur l'hypothèque légale*, n° 70 et s.

que qui serve de base au délai de quinzaine impartie par l'art. 448, comment est terminée la période de faveur pendant laquelle l'annulation est impossible ? Les uns la font commencer à l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ; les autres nient qu'il y ait un délai de quinzaine, ils se fondent sur ce que le délai d'un an dépasse toujours, et de beaucoup, l'intervalle de quinzaine commencé depuis la naissance de l'hypothèque.

Cette controverse secondaire montre combien il a fallu torturer l'art. 448 pour arriver à l'appliquer dans ces circonstances.

En me prononçant de la sorte j'ai fait complètement abstraction du point de vue législatif. La disposition de l'art. 448 devrait être rendue applicable aux hypothèques légales des incapables, lorsque le délai d'un an s'est écoulé depuis la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle. La nullité de l'inscription a été établie pour prévenir un abus qui résulterait de la présence de certaines hypothèques tenues secrètes et venant absorber la masse au préjudice des créanciers chirographaires, et le danger se trouve le même pour les hypothèques légales que pour les hypothèques conventionnelles lorsqu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la cessation de l'état de choses qui en était l'occasion, mariage ou tutelle.

En revanche, la rédaction de l'art. 448 ne semble pas autoriser cette solution ; il ne faudrait pas pourtant

l'interpréter avec une rigueur excessive. Une hypothèque conventionnelle ayant été consentie sur des biens présents et à venir, l'hypothèque ne peut être inscrite sur ces derniers avant que les immeubles soient entrés dans le patrimoine de leur débiteur; l'absence d'inscription jusqu'à cette époque ne peut pas faire supposer un concert frauduleux entre le créancier et le failli. Lorsque l'immeuble deviendra la propriété du débiteur, plus de quinze jours depuis l'acte constitutif d'hypothèque, l'inscription sera possible. D'ailleurs, dans la quinzaine du délai constitutif d'hypothèque, une inscription a été prise sur les biens présents, qui avertit les tiers que les biens à venir peuvent être grevés d'hypothèques par une simple inscription au fur et à mesure de leur acquisition.

CHAPITRE III

DÉCHÉANCE DE L'HYPOTHÈQUE RÉSULTANT DU VOTE AU CONCORDAT

Le jugement déclaratif de faillite dessaisit le commerçant de l'administration de son patrimoine qui passe entre les mains du syndic. C'est une situation provisoire. Il faut lui donner une fin. On pourra, on le sait, faire vendre au profit des créanciers tous les biens du débiteur et faire la distribution du prix ; mais la mesure est rigoureuse pour le commerçant, qui, privé de ses ressources et de ses moyens d'action, pourra difficilement revenir à meilleure fortune. Pourquoi lui imposer cette dure extrémité ? Il n'y a pas eu souvent de faute de sa part. Il a traversé une crise, des jours meilleurs peuvent survenir dans l'avenir qui lui permettraient de se relever, les créanciers et lui ne peuvent qu'y gagner, et ceux-ci ont donc intérêt à lui en fournir les moyens.

A cet effet, on a inventé le concordat ; on accorde au failli des délais de paiement et des remises de dettes, et on le replace à la tête de ses affaires.

Le législateur s'est montré favorable à ce dénouement, et, pour le rendre d'un usage fréquent, il a modifié le droit commun. Il ne sera pas nécessaire que l'unanimité des créanciers conclue à son admission. S'ils sont tous d'accord, ils pourront conclure avec le failli tels arrangements qu'ils voudront, la loi n'a pas à s'en préoccuper. Mais elle déclare que s'il s'agit de concordat, la majorité liera la minorité. Comment sera-t-elle formée? Elle devra réunir deux conditions, se composer de créanciers formant la majorité en nombre et représentant en outre les trois quarts de la totalité des créances. De quelles créances veut-on parler? Il s'agit certainement des créanciers chirographaires, de ceux qui subissent la loi du dividende, qui sont atteints par les remises convenues dans le concordat.

Mais les créanciers hypothécaires ont-ils également le droit de participer au vote? Le Code de commerce s'en explique formellement. Les créanciers hypothécaires ne seront comptés que s'ils renoncent à leur hypothèque. En effet, tandis que les créanciers chirographaires sont directement intéressés au concordat, et par conséquent le votent ou le refusent suivant qu'il leur est ou non préjudiciable, il importe peu aux créanciers hypothécaires, il ne les concerne pas. A raison de leur garantie spéciale, ils seront intégralement payés échappant aux délais et aux remises. Dans ces conditions on pourrait craindre qu'ils ne donnent trop facilement leur adhésion par complaisance pour le

failli, et au grand détriment des créanciers chirographaires, car ils serviront à former contre eux la majorité. Le vote au concordat et la qualité de créancier hypothécaire sont choses incompatibles.

Que faire s'il a pris part à ce vote? Deux solutions étaient possibles.

On pouvait annuler leur vote et voir si le concordat rempli, abstraction faite de leur intervention, les conditions de validité requises par la loi, sans quoi il faut l'annuler (1).

Ce serait dur pour le failli et peu en harmonie avec l'esprit général de la loi, qui veut propager autant que possible les concordats (2).

Aussi on adopte le deuxième parti qui était de maintenir le concordat, de dire qu'il était acquis au failli, mais de priver les créanciers hypothécaires l'ayant

(1) Telle est la solution adoptée par la loi autrichienne; le créancier hypothécaire peut sans doute renoncer à l'hypothèque; mais il faut une déclaration formelle; si elle n'est pas intervenue préalablement au vote, il est nul. Par faveur, on permet au créancier hypothécaire de faire évaluer sa sûreté réelle, et si l'estimation en montre l'insuffisance probable, on autorise le créancier à voter sans déchéance pour le surplus de sa créance, en vertu d'une décision du comité des créanciers (§§ 213 et 214, C. aut.). Dans l'Allemagne du Nord, même principe; le tribunal, à la demande du créancier hypothécaire, détermine la valeur de sa sûreté, et règle en conséquence la possibilité pour lui de voter au concordat.

(2) Dal., J. G., *Fail.*, n° 692.

voté, de leur sûreté, de les mettre au niveau des créanciers chirographaires (1).

« Le vote au concordat, dit l'art. 508, emportera de plein droit renonciation à l'hypothèque. En vain, le créancier prétexterait-il son ignorance de la loi ou des réserves expresses dans son vote tendant à se conserver l'hypothèque. »

Le Code de commerce de 1807 avait adopté déjà la même solution; mais il était incomplet, ne parlant que des créanciers hypothécaires inscrits; de là de sérieuses difficultés, s'il s'agissait des créanciers dispensés par la loi de prendre inscription. La loi de 1838 a réparé cette lacune; ils sont assimilés aux premiers.

Par un autre côté encore, le Code de commerce donnait prise à la critique; une personne, supposons-le, a deux créances contre le failli : l'une garantie par hypothèque, l'autre soumise comme chirographaire à la loi du dividende. Devait-elle être exclue du concordat d'une manière absolue? La loi ne faisait aucune distinction et déclarait le créancier hypothécaire incapable de prendre part au vote. C'était une injustice, car, à raison de sa créance chirographaire, il a le même intérêt que la masse.

(1) En Espagne, la femme créancière hypothécaire du mari, alors même qu'elle y renonce, ne peut voter au concordat; on se défie de sa partialité. Il en est de même en Danemark, où l'interdiction vise les parents ou alliés jusqu'à un certain degré, qu'ils soient créanciers originaux du failli, ou qu'ils soient devenus tels par une cession à eux consentie.

La loi de 1838 a fait droit à cette observation. Les créanciers hypothécaires ne sont écartés qu'à raison « des créances garanties par l'hypothèque »; pour éviter toute équivoque, il fera bien de dire formellement à raison de quelles créances il prend part au vote.

Mais le créancier n'a qu'une seule créance, laquelle est garantie par une hypothèque; il y renonce pour une portion, et, pour cette partie, il participe au vote, est-il valable? On a hésité; mais on ne voit pas sur quel motif on pourrait fonder la privation; pour la partie de la créance qu'il met en dehors de l'hypothèque, il devient chirographaire et rentre ainsi dans la masse (1).

On objecte contre ce système un passage des travaux préparatoires relatifs à l'art. 538. Après avoir visé le cas d'une hypothèque suffisante à garantir toute la créance, et disparaissant en cas de vote du créancier hypothécaire au concordat, le Tribunal, dans son projet, proposait une disposition spéciale pour le cas où les créanciers justifieraient que leur hypothèque était insuffisante. Dans ces circonstances, « ils seront, dit l'article projeté, admis à voter au concordat avec les créanciers chirographaires pour l'excédent de leur créance sur la valeur de l'immeuble. Cette va-

(1) Demang. s. Brav., t. V, p. 375. Lons-le-Saunier, 4 juil. 1853; Dal., 1853, 3, 32.

« leur sera déterminée par l'estimation des revenus. »

Qu'est-il resté de cette disposition ? Rien, et l'on prétend que le système qu'elle consacrait doit avoir en même temps été abandonné. Mais si cet alinéa du projet n'a pas été adopté, n'était-ce pas justement qu'il était inutile ; car du moment que le créancier devenait pour une portion de sa créance, simple chirographaire, on n'avait pas à dire qu'il avait en cette qualité le droit de voter au concordat : la chose allait de soi. L'article n'avait d'intérêt que pour préciser le mode d'estimation de l'immeuble et c'est ce mode qui a été abandonné, voilà toute la conclusion.

Au reste, le parti que prend le créancier hypothécaire est très naturel ; la sûreté spéciale dont il jouit n'est pas suffisante et ne peut lui assurer le remboursement que d'une partie de sa créance ; il l'a spécialisé à cette portion, il se présente comme créancier chirographaire. Mais lui donner ainsi la liberté de renoncer à l'hypothèque dans la mesure qu'il veut, amène un danger pour la masse. Le créancier hypothécaire est nanti d'une hypothèque suffisante, mais par complaisance pour le failli et pour lui faciliter un concordat, il renonce à son hypothèque pour une quote-part infime de sa créance ; son sacrifice est insignifiant et son vote aura malgré tout une influence, non pas sans doute sur la majorité formée du capital des créances, mais sur l'autre élément nécessaire, car il contribue à former la majorité en nombre des créanciers. La

fraude est possible et n'en faut-il pas conclure à la déchéance de la totalité de l'hypothèque ? Ce serait exagéré. Disons seulement que certaines législations étrangères, pour écarter une combinaison coupable, ont fixé une limite minima à la part de créance que l'on peut, par sa renonciation, soustraire à son hypothèque. En Belgique, elle doit être de moitié (art. 513); en Italie, du tiers (art. 834).

Dans la mesure que nous avons indiquée, la déchéance d'une hypothèque existe. Entendons-nous bien : le vote au concordat n'a cet effet que s'il émane d'une personne capable ou de son représentant légal dans la limite de ses attributions. Ainsi le tuteur, s'il votait au concordat de son propre mouvement, ne pourrait faire perdre l'hypothèque à son pupille (1). Eut-il été autorisé par le conseil de famille, cet avis n'aurait pas non plus cet effet; l'aliénation des droits immobiliers du mineur ne saurait avoir lieu sans l'homologation du tribunal. La logique voulait qu'il en fût ainsi. Car lorsqu'il s'agit seulement de restreindre l'hypothèque générale des mineurs sur les biens de leur tuteur, il faut, en vertu des art. 2143 et 2145 du Code civil, l'intervention de la justice; *a fortiori* doit-il en être de même lorsqu'il s'agit de l'extinction de son hypothèque. Si donc, le tuteur a voté contrairement à

(1) Dal., J. G., *Fail.*, n° 697, *Priv. et hyp.*, n° 2289 et s., *Minorité*, n° 514.

ces règles, le vote est nul et si, abstraction faite de son existence, le concordat ne remplit pas les conditions voulues, il doit être annulé. J'ajoute une observation. Qu'on suppose un mineur autorisé à faire le commerce, il est devenu, à raison de ses affaires, créancier du failli et se trouve muni d'une hypothèque : il peut valablement, sans avoir besoin d'aucune assistance, prendre part au concordat et renoncer, par conséquent, à son hypothèque. Il a été habilité pour tout ce qui touche par quelque côté au commerce qu'il exerce.

Quant à la femme du failli, créancière de ses reprises, son vote au concordat ne lui enlève l'hypothèque que si elle a été autorisée par son mari ou par justice (1); et encore faut il qu'elle se trouve mariée sous un régime où l'on admette pour elle la possibilité de renoncer à son hypothèque légale. En cas de régime dotal, elle n'a pas cette faculté, il en résulte pour elle l'impossibilité de participer au concordat.

C'est au vote seulement que s'appliquent toutes ces règles. Les créanciers hypothécaires peuvent assister à la réunion et le syndic doit même les convoquer : ils pourront par leur avis éclairer les autres créanciers, et c'est pour eux le seul moyen de se rendre compte de leur situation ; or, la loi doit les mettre en mesure d'examiner avec connaissance de cause le parti qu'ils

(1) Dal., J. G., *Fail.*, n° 701. Req., 2 mars 1840, *Priv. et hyp.*, n° 2490.

doivent prendre relativement à leur sûreté réelle (1).

Bien qu'il n'y ait pas à ce sujet de texte formel, la question ne saurait faire doute. En un cas d'ailleurs, l'art. 501 est explicite : « Le créancier, dont le privilège ou hypothèque seulement serait contesté, sera admis dans les délibérations de la faillite comme un créancier ordinaire ».

En présence de ces termes, on s'est demandé si le créancier hypothécaire contesté n'avait pas, par faveur à raison de sa situation spéciale, le droit de voter. Ce serait dangereux, on pourrait craindre que de connivence avec un créancier bien disposé, le failli ne contestât l'hypothèque de celui-ci dans l'unique but d'augmenter la majorité en faveur du concordat. Voilà pourquoi l'art. 508, lorsqu'il parle de la déchéance de l'hypothèque, embrasse tous les cas. Lorsque le créancier dont l'hypothèque est contestée voudra participer au concordat, il ne saurait voter sans s'exposer à perdre sa garantie (2).

C'est en ce sens que se prononce le nouveau projet de loi (art. 454). Il n'accorde aux créanciers dont l'hypothèque est contestée qu'une voix consultative.

Mais pour éviter la fraude, peut-être est-on tombé dans un excès de rigueur et l'on aurait pu distinguer le cas où ce sont les syndics qui contestent l'hypothèque

(1) Cass., 4 juil. 1855; S., 1856, 1, 40.

(2) Rennes, 31 mars 1849; D., 49, 2, 157. Cass., 20 juin 1854; D., 1854, 1, 303. Paris, 16 avril 1864; D., 1864, 2, 127.

et celui où c'est seulement le failli ou un créancier isolé. Dans la première hypothèse aucune collusion n'est à craindre, la contestation est sérieuse ; d'ailleurs, comme elle est élevée au nom de la masse, il y aurait quelque chose d'inconséquent à ce que la masse pût soutenir, d'un côté que le créancier n'est pas hypothécaire, et se prévaloir d'autre part de sa qualité pour l'exclure du concordat. On aurait donc pu, dans ces conditions, reconnaître un droit de vote au créancier contesté ; mais le nouveau projet ne parle pas de cette distinction.

On s'est demandé si la déchéance n'avait lieu qu'à propos des immeubles appartenant au failli, de sorte que l'hypothèque subsisterait sur les biens passés aux mains des tiers détenteurs (1). On se fonde, dans ce système, sur ce fait que l'art. 508, comme les sections II et III du chapitre VI, visent seulement les droits du créancier sur le patrimoine du failli. Mais l'art. 508 ne distingue pas et il est difficile de saisir le motif d'une différence entre les deux hypothèses. Il y en a bien sans doute quant à l'étendue du préjudice causé à la

(1) MM. Lyon-Caen et Renault distinguent suivant qu'il s'agit d'une hypothèque consentie par le failli sur son immeuble qui a passé entre les mains d'un tiers, ou d'une hypothèque constituée seulement par un tiers sur son bien ; au premier cas, ils annulent l'hypothèque, car le tiers qui payerait recourrait contre la masse ; mais au deuxième cas, la situation est la même ; le tiers qui cautionne a le droit de se faire rembourser du débiteur principal.

masse. Qu'on maintienne l'hypothèque sur l'immeuble qui fait partie de la masse, l'actif est diminué d'autant ; qu'on déclare au contraire valable l'hypothèque portant sur le bien d'un tiers, la masse active n'est pas atteinte et le passif n'est pas augmenté, seulement, au lieu du créancier hypothécaire désintéressé, ce sera le tiers évincé qui prendra sa place.

Mais abstraction faite de cette idée, si l'on considère la situation du créancier hypothécaire, elle est dans les deux cas la même ; il est toujours sans intérêt direct au concordat, il évite le concours à supposer que son hypothèque vienne en rang utile. Aussi la déchéance doit-elle être encourue (1).

Mais existe-t-elle dès qu'il y a eu vote du créancier hypothécaire, alors même que le concordat n'a pas abouti, ou est annulé, résolu dans la suite ?

On l'a nié (2). Comment admettre qu'il fût tenu d'abandonner un droit aussi important que l'hypothèque, s'il ne pouvait pas avoir en compensation les avantages du concordat, seule cause de sa renonciation : il y a là comme un contrat synallagmatique indivisible.

D'ailleurs, dit-on, si les tentatives n'ont pas abouti, et que la procédure d'union devienne nécessaire, les

(1) Lyon-Caen et Ren., t. II, n° 2891. Boistel, n° 989, p. 759. Demang. s. Brav., p. 364.

(2) Bourges, 25 mars 1865 ; S., 1866, 2, 149 ; Dal., J. G., *Fail.*, n° 701. *Code com. ann. sur l'art.* 508, n° 39.

choses reviennent à l'état où elles se trouvaient avant l'essai infructueux; la situation primitive renaît, en même temps doit revivre l'hypothèque du créancier puisqu'il n'y a plus d'obstacle auquel elle se heurte.

Ces arguments sont spécieux, mais ne sauraient nous convaincre. Le concordat étant rejeté, peut-on faire abstraction de tout ce qui y a trait? On ne peut supprimer un fait : le créancier hypothécaire a voté. Sans doute le concordat n'existe pas ; mais faut-il s'en prendre au créancier hypothécaire? Il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour en assurer le succès. La loi semble dire, c'est le vote au concordat qui emporte déchéance de l'hypothèque, exige-t-on en outre le maintien du concordat? Il n'en est rien, et c'est logique; car c'est l'acte du créancier qu'on envisage en lui-même; dire le contraire, ce serait ajouter au texte (1).

Dans tous les cas on ne saurait comprendre l'opinion d'Alauzet, qui distingue, suivant qu'à la suite du vote il y a eu ou non concordat, sans plus faire attention ensuite s'il a été ou non maintenu. Ainsi a-t-il été rejeté, l'hypothèque du créancier qui a voté lui est conservée ; au contraire le failli a-t-il obtenu son concordat, l'hypothèque est définitivement perdue pour celui qui l'a votée, peu importe que le concordat vienne plus tard à être annulé ou résolu : on saisit mal cette théorie.

(1) Demang. s. Brav., t. V, p. 374. Bordeaux, 22 août 1844; S., 1845, 2, 287. Bordeaux, 19 août 1858; S., 1859, 2, 150.

CHAPITRE IV

RÈGLES COMMUNES AUX DIVERSES NULLITÉS D'HYPOTHÈQUE RÉSULTANT DE LA FAILLITE

Nous avons vu que par l'effet de la déclaration de faillite, les constitutions ou les inscriptions d'hypothèque peuvent être annulées lorsqu'elles sont intervenues depuis la cessation de paiements.

Maintenant que nous avons précisé le cas où cette nullité peut se présenter par application des art. 443, 446 et 448, les conditions auxquelles elle est subordonnée, il faut déterminer le caractère de ces nullités une fois qu'elles sont déterminées.

Etant toutes produites par la même cause, l'arrivée de la faillite, elles devaient avoir la même nature, un effet commun.

Cette idée logique a été reconnue en doctrine et en jurisprudence, et l'on s'accorde pour admettre que toutes ces nullités dont j'ai parlé, n'ont d'effet qu'à l'égard de la masse.

L'art. 446 le dit formellement. Avant de procéder à

l'énumération des actes qu'il atteint, il commence par déclarer qu'ils sont nuls et sans effet par rapport à la masse. Les art. 443 et 448, s'ils ne contiennent pas ces mots, doivent être entendus dans le même sens.

Il y a, en effet, identité de motifs pour expliquer toutes ces dispositions. On s'est préoccupé exclusivement de protéger l'intérêt des créanciers de la masse de la faillite (1).

On a hésité seulement à tort, selon nous, à propos des restrictions apportées aux droits de la femme. Nous reverrons plus loin la question. Donc les nullités qui résultent des art. 446 et suivants, ne sont évitées que dans l'intérêt de la masse; mais en revanche la masse tout entière profite de l'annulation des actes suspects. Ainsi cette nullité diffère de celle organisée par l'art. 1167. C'est, en effet, une question très controversée que celle de savoir si le bénéfice de cet article peut profiter aux créanciers postérieurs à l'acte incriminé, étant donné qu'ils n'aient pas pu intenter l'action.

Une autre différence entre les deux espèces de nullités s'impose par la force des choses. Chacun des créanciers lésés par l'acte fait en fraude a individuellement le droit d'invoquer l'art. 1167. Au contraire,

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2730, p. 702. Boistel, n° 942, p. 844. Aubry et Rau, t. III, p. 332. Cass., 15 juillet 1857; S., 1858, 1, 705, *Rev. crit.*, an. 1867. M. Rataud, p. 1 et s.

les créanciers de la masse ne peuvent agir eux-mêmes ; le syndic agit en leur nom. C'est que la faillite fait perdre aux créanciers chirographaires le droit d'exercer des poursuites individuelles.

Le syndic représentera la masse, et il aura le droit d'agir librement, quand même une décision judiciaire serait intervenue avant la faillite validant, par exemple, dans un ordre ouvert les allocations d'un créancier hypothécaire (1). Le syndic pourra faire tierce opposition au jugement rendu. La masse n'a pas, en effet, été représentée par la présence à l'ordre du débiteur aujourd'hui failli.

La jurisprudence, ai-je dit, s'est prononcée pour la nullité restreinte dans ses effets au regard de la masse ; elle a appliqué dans ses conséquences ce principe. Nous allons indiquer quelques-unes des hypothèses sur lesquelles elle a statué, c'est le meilleur moyen de préciser la portée de la règle que nous avons posée.

Les nullités des art. 446 et 447 ne peuvent s'appliquer aux cas d'un débiteur non commerçant en état de déconfiture. On aurait pu hésiter en se reportant aux précédents historiques. La loi du 9 messidor an III, parlant des inscriptions d'hypothèques, les annulait

(1) On admet pourtant que les paiements faits par autorité de justice sont valables et ne peuvent être annulés. Il y a une différence entre les deux cas ; les jugements ne peuvent créer de causes de nullité ; mais ils ne font pas disparaître celles qui préexistaient.

lorsqu'elles avaient été prises dans les dix jours de la cessation de paiements d'un commerçant. Puis l'art. 50 de la loi du 11 brumaire an VII substitua aux termes de commerçant l'expression plus générale de débiteur. Le texte actuel n'a pas repris les mots de l'an III, faut-il en conclure que la déconfiture permettrait la mise en œuvre de la nullité des art. 446 et suivants? La jurisprudence s'y est formellement opposée; c'est à l'égard de la masse qu'elles ont effet, et la masse n'existe qu'en cas de faillite. Seul l'intérêt de la masse est pris en considération. Voilà pourquoi les arrêts ont toujours refusé la possibilité d'invoquer en leur faveur l'art. 446 à des créanciers qui voudraient en profiter dans un intérêt personnel et exclusif. Ainsi le failli a donné un immeuble à un tiers avant que la transcription ait eu lieu; un créancier du failli a fait inscrire une hypothèque sur l'immeuble, le donataire ne pourrait venir arguer de la nullité de cette hypothèque pour pouvoir la primer (1).

Autre hypothèse admise à propos d'une autre sûreté réelle, le gage, et qu'on peut citer ici par raison d'analogie. Un vendeur de marchandises non payées conserve, au moment où la faillite s'ouvre, un droit de revendication, si les marchandises ne sont pas entrées dans les magasins de l'acheteur, et si ce dernier en est resté propriétaire. Or, avant leur arrivée, l'acheteur,

(1) Cass., 7 avril 1858; D., 1859, 1, 481.

muni du connaissance, les a données en gage; le vendeur voudrait invoquer l'art. 446 pour faire tomber le gage, c'est impossible (1). Enfin si deux, ou un plus grand nombre de créanciers hypothécaires, étaient inscrits sur un même immeuble, le deuxième créancier hypothécaire ne pouvait invoquer la nullité de l'hypothèque pour lui être préféré, car la masse est sans intérêt. Peu lui importe, en effet, que tel ou tel vienne contribuer sur son actif; le deuxième créancier hypothécaire est désarmé. Peu importe que le syndic ait pris auparavant l'initiative de l'action; s'il avait obtenu un jugement prononçant la nullité, le deuxième créancier hypothécaire ne pourrait en profiter (2). On l'a nié en prétendant que la nullité était relative, en ce sens que l'on ne pouvait l'invoquer dans un intérêt personnel et distinct, mais que l'on avait le droit d'en bénéficier lorsqu'elle était prononcée.

Les termes de l'art. 446 sont autres : la nullité est sans effet à leur égard, c'est dire qu'ils ne peuvent en tirer profit d'aucune manière. La théorie paraît nette. Je voudrais, pour conclure, montrer qu'elle peut aboutir à des résultats bizarres en pratique. Ce sont juste-

(1) Dijon, 20 mars 1882. *J. Fail.*, 1882, p. 544, *Rev. crit.*, an. 1867, p. 4 et s.

(2) La jurisprudence s'est décidée plusieurs fois en ce sens, à propos de l'annulation de certains paiements (Req., 30 juil. 1866; D., 67, 1, 39. Aix, 23 août 1871; D., 73, 2, 225. Poitiers, 2 mai 1854; D., 55, 2, 415.

ment les créanciers hypothécaires postérieurs à celui dont l'hypothèque est exposée à la nullité, ne devant pas, par conséquent, profiter de l'annulation, qui arrive à en profiter par suite d'une combinaison que je vais indiquer. La question s'est présentée tout récemment au Tribunal de la Seine, et la Cour d'appel, actuellement saisie, n'a pas encore statué. Je suppose un négociant propriétaire d'un immeuble que j'évalue à 40,000 francs. Sur cet immeuble, plusieurs créanciers hypothécaires sont inscrits. La première hypothèque, admettons-le, garantit une créance de 40,000 francs; la deuxième est du même chiffre, et il y en a d'autres dont peu importe le montant. Le négociant est déclaré en faillite. Le syndic, invoquant l'art. 446, obtient un jugement qui annule l'hypothèque première en date, puis un ordre est ouvert sur le prix de l'immeuble. S'il s'agit de distribuer les 40,000 francs aux créanciers hypothécaires, observons d'abord : Que le syndic est lié à la procédure d'ordre, soit à raison de l'hypothèque de la masse qu'il a fait inscrire, soit que les créanciers hypothécaires l'aient mis en cause, afin de rendre opposables à son égard les jugements rendus sur les contredits aux règlements provisoires qui pourront intervenir, soit que le syndic intervienne de son plein gré. Dans ces conditions, et j'ai choisi l'hypothèse ordinaire et la plus fréquente, à qui attribuer les 40,000 francs, montant du prix de l'immeuble? Le syndic prétend se les faire attribuer. J'ai fait annuler,

dit-il, le premier créancier inscrit, je dois prendre sa place. Disons tout de suite que cette prétention n'est pas soutenable; la loi n'autorise pas une pareille subrogation qui ne dériverait d'aucun texte; le syndic n'aura rien à toucher; qu'il ait fait annuler la première hypothèque, peu importe, il ne peut pas prendre sa place, il n'a pas de droit sur la somme, car il est primé par le deuxième créancier hypothécaire dont l'hypothèque vaut à son égard.

Restent alors en présence le premier créancier hypothécaire annulé et ceux qui suivent dont l'hypothèque est valable. Lequel sera préféré? D'après le système que nous avons émis, l'hypothèque du premier n'étant annulée qu'au regard de la masse, et le conflit de droit existant ici entre deux créanciers hypothécaires, il n'y a plus à parler de nullité, le premier créancier hypothécaire prendra les 40,000 francs.

Voilà l'application littérale de la théorie; mais, en fin de compte, les choses vont-elles ainsi se passer? Il ne faut pas le croire.

Le deuxième créancier inscrit qui, d'après la logique des textes, est sacrifié, va tenir le langage suivant: « Si je n'avais pas une hypothèque et si tous les créanciers qui me suivent disparaissaient, le premier créancier hypothécaire se trouvant seul en présence du syndic ne pourrait exercer son hypothèque, voilà le droit du syndic qui naîtrait. » Qu'il renonce donc à son hypothèque et en même temps ceux qui le suivent, le syndic

tr omphe. Au contraire, que son inscription subsiste, et c'est le premier créancier hypothécaire qui l'emporte. Le deuxième créancier inscrit ira donc trouver le syndic et le premier créancier hypothécaire et prendra parti en faveur de celui qui lui offrira le prix le plus fort. Il est maître de la situation ; c'est lui qui en définitive bénéficie de l'art. 446. Cette conséquence nous a paru curieuse, elle semble impossible à éviter. On ne saurait dire, en effet, que la renonciation du deuxième créancier hypothécaire, est frauduleuse, et comme telle annulable, en vertu de l'art. 1167, car cet art. 1167 permet bien aux créanciers de faire tomber l'acte frauduleux, mais il ne donne nullement le droit d'agir à des tiers lésés par l'acte.

Revenons maintenant à la règle qui régit la nullité des art. 446 et suivants. Elle n'intervient qu'à l'égard de la masse, avons-nous dit. De là, lorsque le failli revient à meilleure fortune, les créanciers qui ont été atteints par la nullité, peuvent lui réclamer le paiement de ce qui leur est dû. Ils avaient une hypothèque sur les biens présents et à venir ; elle est tombée. Si plus tard le failli acquiert un immeuble, l'hypothèque le grèvera et il servira au remboursement de la dette ; mais une difficulté sérieuse s'est élevée sur l'interprétation des mots « en faveur de la masse ». On s'est demandé si le failli pouvait invoquer les nullités lorsqu'il avait obtenu un concordat en alléguant l'intérêt de la masse, et en prétendant que la possibilité de se prévaloir des arti-

cles 446 et suivants, lui fournira un moyen plus sûr de payer aux créanciers le dividende qu'il leur a promis.

Ou bien pour prendre l'hypothèse le plus favorable avant le concordat, un créancier hypothécaire a été annulé par le syndic, et le jugement d'annulation n'est pas exécuté; le failli concordataire peut-il en poursuivre la réalisation? Certains auteurs et quelques arrêts qui n'admettent pas pour le failli le droit d'invoquer la nullité, lui accordent le droit de bénéfice du jugement prononcé en faveur du syndic (1). En effet, dit-on, lorsque la nullité n'a pas été invoquée par le syndic, on peut soutenir qu'il y a renoncé et alors on peut concevoir que le failli n'ait pas le droit d'agir de son chef. Mais comment lui refuser ce droit lorsque le syndic a triomphé précédemment? Je crois qu'il faut repousser toute distinction entre ces deux cas et admettre dans l'un comme dans l'autre, l'impossibilité pour le failli concordataire de bénéficier de l'art. 446. La solution contraire, dit-on, n'aurait rien de choquant. En effet, lorsque le concordat est pour tous la source de sacrifices, les créanciers chirographaires sont réduits à des dividendes; les créanciers hypothécaires continueront d'être exposés aux nullités. Mais il y a, semble-t-il, une erreur dans l'assimilation des deux classes de créanciers. S'ils sont chirographaires, ils

(1) J. de Marseille, 1864, 1, 320, et arrêt d'Aix confirmant le jugement.

sont atteints par le concordat. Ont-ils hypothèque, ils sont placés au-dessus et en dehors de lui, et il n'y a pas à parler de sacrifices dont il serait pour eux la cause. D'ailleurs sans insister sur les considérations utilitaires, l'opinion que je soutiens résulte des textes du Code de commerce (1). La nullité n'a lieu que par rapport à la masse; et lorsque le concordat a été accordé au failli, il fait disparaître la masse qui est dissoute aussitôt; le failli est remis à la tête de ses affaires. On objecte que si la masse n'existe plus elle n'a pas disparu définitivement, que cet effet se produit seulement après le paiement des dividendes. Jusque là, il est toujours possible de la voir renaître, elle est, en effet, reconstituée de plein droit en cas d'inexécution du concordat. Il n'y a pas à le nier, mais tant que le concordat dure, il ne faut pas parler d'une masse de créanciers groupés dans un intérêt commun et avec un droit collectif remplaçant les droits individuels; aussi le créancier hypothécaire dont on pourrait contester l'hypothèque, n'étant plus en présence que du failli, n'aura plus à subir son action. Le failli, en effet, lorsqu'il a constitué l'hypothèque ou lorsque l'inscription a été prise, n'était pas un incapable; il y avait seulement, tant qu'existait la masse, une indisponibilité des biens à son égard, laquelle était totale depuis la déclaration de faillite, à raison du

(1) Req., 10 février 1863; D., 1863, 1, 300; note, v. S., 1866, 4, 385. Bourges, 1^{er} avril 1870; D., 1872, 2, 3.

dessaisissement, et qui s'attachait à certains actes faits depuis la cessation de paiements. La masse disparaissant, l'indisponibilité s'évanouit, les créanciers hypothécaires peuvent exercer dès lors tous leurs droits.

On dit : s'il n'y a plus, à parler strictement, de masse créancière, il faut avouer que le failli agit comme son représentant ; le concordat est un mode de liquidation. Sans doute, il diffère de celui qu'on pratique en cas d'union, en ce sens, qu'il est plus honorable pour le débiteur, mais c'est toujours un procédé de distribution de l'actif ; le débiteur chargé de la liquidation doit se trouver dans les mêmes conditions que le syndic qui la ferait.

C'est à tort qu'on voudrait assimiler les deux hypothèses ; en cas d'union, le syndic représente tous les créanciers et distribue tout l'actif. Ici le failli administre son patrimoine pour son compte et dans son intérêt. Il est si peu le représentant des créanciers chirographaires, que ceux-ci peuvent introduire une action contre lui dans la limite du dividende qui leur est attribué. Et si le failli, remis ainsi à la tête de ses affaires, parvient à augmenter ses ressources par ses opérations heureuses, les dividendes qu'il devra verser resteront les mêmes. Il bénéficie du surplus.

Cet argument étant écarté, on a cherché une autre base au droit pour le failli d'invoquer la nullité ; on lui a donné pour fondement une cession qui lui aurait été consentie par les créanciers ; cette cession, selon les uns,

résulte tacitement de la situation ; selon d'autres, elle peut au moins intervenir ; et, quand elle aura eu lieu, mais dans ce cas là seulement, elle donnera tout droit au failli (1). Il faut dire qu'une pareille cession ne saurait être valable. La faculté accordée à la masse d'invoquer les art. 446 et suivants est comme l'accessoire de la créance qu'elle a, c'est un moyen énergique d'assurer le paiement de la dette. Comment pourrait-elle être détachée des créances qu'elle protège ? Aussi la jurisprudence ne s'est-elle pas arrêtée à cette idée (2).

A l'inverse, la Cour de cassation, il faut le remarquer, tout en répudiant après le concordat, l'application des art. 446 et suivants, a laissé subsister l'impossibilité d'une compensation entre le failli et un créancier chirographaire pour la totalité de sa créance.

On a voulu voir une contradiction entre les deux solutions. Mais la règle qui empêche la compensation est établie aussi bien en vue du concordat que de l'union. En effet, elle repose sur ce motif que le droit du créancier au regard du failli, a été transformé en une créance de dividende. Il en est ainsi quelle que soit la solution de la faillite, après l'union comme après le concordat.

J'ajoute que, voulant à tout prix battre en brèche le système, on lui a reproché d'être un encouragement à la fraude.

(1) Colmar, 10 juil. 1865 ; S., 1867, 2, 1.

(2) Cass., 30 juil. 1866 ; S., 1866, 1, 383 et la note.

Le créancier exposé aux nullités va avoir un grand intérêt à la concession d'un concordat; il viendra donner son vote, et contribuera ainsi à se ménager une faveur. Ce danger, s'il existait, ne saurait détruire les considérations juridiques, et, pour ce qui regarde notre sujet, il n'en faut pas parler; les créanciers hypothécaires dont l'hypothèque est exposée aux nullités des art. 546 et suivants, ne pourront pas, à raison de leur dette, venir voter le concordat; ils sont exclus, nous l'avons vu, et, par conséquent, ils ne contribuent pas à faire naître une situation qui va leur servir.

Pour toutes ces raisons, il convient de refuser au failli concordataire le droit d'invoquer les art. 446 et suivants. En vain, dirait-on, qu'en fin de compte, ce serait fait dans l'intérêt de la masse, le failli peut en profiter indirectement, car, quelques ressources qu'il se procure, il ne payera toujours qu'un même dividende. Or, il est immoral de lui laisser un gain ayant sa cause dans sa fraude présumée ou prouvée. Le créancier hypothécaire pourra donc, après le concordat, exercer avec sécurité ses droits sur l'immeuble qui lui est affecté et toucher sa créance sur le prix en provenant.

Cette solution que je présente offre un inconvénient sur lequel l'opinion contraire insiste. L'annulation des hypothèques aiderait le failli à fournir à ses créanciers les dividendes qu'il leur a promis; il a obtenu un concordat en offrant un dividende convenable; il pensait, en le faisant, aux nullités qu'il pourrait invoquer

et à l'augmentation qu'elles produiraient dans son actif. Les créanciers concordataires ont dû compter sur cette situation. Au reste, la réalisation des promesses du failli n'ayant pas lieu, le concordat sera résolu, l'union renaîtra, la masse avec elle, le système des nullités un moment impossible, reprendra son empire. Mieux vaudrait, dit-on, le laisser subsister à l'époque du concordat. Nous ne saurions nier cet inconvénient, mais on exagère singulièrement sa portée.

D'abord les créanciers du failli, étant avertis qu'ils ne pourraient recevoir de leur débiteur un dividende convenable qu'avec la mise en œuvre des art. 446 et suivants, et sachant d'autre part que le concordat écarte leur application, se garderont de lui en accorder dans ces conditions. Ainsi sans doute on aboutit à rendre le concordat moins fréquent; mais le failli ne doit pas ici inspirer grande pitié étant donné qu'il a essayé de frauder la loi en faisant des actes suspects.

D'ailleurs les syndics auront souvent, avant le vote du concordat, le temps d'invoquer des nullités des articles 446 et suivants, et de poursuivre l'exécution des jugements rendus, de façon à avoir constitué l'actif du failli avec tous ses éléments au moment du vote.

Enfin si le failli concordataire ne peut, après le concordat, invoquer les nullités faites pour la masse, alors qu'elles interviendraient dans son intérêt, et pour assurer le dividende à elle promis, il semble que ce droit

refusé au failli pourrait être accordé individuellement à chaque créancier chirographaire.

Avant le concordat, la masse avait le droit de le faire valoir par l'entremise du syndic; lorsqu'il disparaît, chaque créancier succède individuellement à ses droits. Ainsi l'hypothèque légale, attribuée à la masse, devient le profit de chacun d'eux, l'art. 517 le dit formellement. Il en sera de même de la faculté d'invoquer les nullités des art. 446 et suivants (1).

Je termine en observant que lorsque je parle de concordat et de ses conséquences, je n'ai pas eu en vue le concordat par abandon d'actif. Dans ce cas, en effet, l'union des créanciers continue d'exister, notre question ne se pose pas.

Nous avons ainsi précisé quelles personnes peuvent invoquer les nullités des art. 446 et suivants. Depuis quel moment et jusqu'à quelle époque peuvent-elles exercer leur droit? Certes, elles le peuvent depuis le jugement déclaratif de faillite; mais ne pourraient-elles pas agir plus tôt, et la cessation de paiements existant, la faire constater à l'encontre de tel créancier qui les gêne pour faire tomber son hypothèque avant qu'il y ait eu jugement déclaratif?

Cette question, que je viens de formuler, est l'un des aspects d'un système plus général qui consiste à prétendre que les effets de la faillite, ne supposant pas

(1) Aix, 7 août 1856; S., 1858, 2, 705.

nécessairement la présence d'un jugement déclaratif, qui se conçoivent comme dérivant de la cessation de paiements, peuvent se produire sans que le jugement déclaratif soit intervenu. Cette théorie a été adoptée en principe par la jurisprudence. Elle admet qu'il y a un état virtuel de faillite indépendant de toute déclaration formelle qui peut être invoqué par les intéressés devant toute juridiction : « Si la juridiction consulaire, « dit-on dans les arrêts, est spécialement compétente « pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer « l'époque, il appartient néanmoins, dans tous les cas, « aux tribunaux civils de reconnaître dans la plénitude « de leur juridiction si le débiteur commerçant a en « réalité cessé ses paiements et d'appliquer les effets « légaux de cette situation. » Et, pour appuyer cette idée, on invoque l'art. 437 du Code de commerce : « Tout commerçant qui cesse ses paiements est en « état de faillite. » La cessation de paiements est un pur fait dont le tribunal de commerce est appelé à connaître l'existence pour déclarer la faillite, mais qui existe avant cette déclaration et indépendamment d'elle. Cela étant, il n'y a aucune raison pour que la faillite, qui existe en fait, n'ait pas d'effets légaux (1).

La doctrine a repoussé ce système, et je crois que c'est à juste titre. Toutes les fois que la loi parle de

(1) Metz, 20 déc. 1865; D., 1866, 2, 10. Cass., 14 déc. 1854; D., 1855, 1, 20. Cass., 8 avril 1845; Dal., 1845, 1, 248.

faillite, elle a en vue un certain état de choses consacré par le tribunal compétent qu'elle a chargé de ce soin. Tant que ce tribunal n'a pas statué, il n'y a ni faillite ni failli, et aucun autre tribunal ne peut, sous prétexte que la preuve de la cessation de paiements lui serait fournie, appliquer les règles que la loi a édictées pour le cas de faillite. La loi a voulu que la situation d'un commerçant qui cessait ses paiements, fût réglée d'une façon uniforme à l'égard de tous, et c'est pour cela qu'elle donne compétence au tribunal de commerce qui, comme l'on dit aux travaux préparatoires(1), peut seul se prononcer en connaissance de cause. Or, les décisions du tribunal civil, qui constateraient qu'un commerçant est en état virtuel de faillite, à cause de cette cessation de paiements, ne pourraient échapper au principe ordinaire qui régit les jugements, elles n'auraient qu'une autorité relative; un individu pourrait être considéré en faillite vis-à-vis de certaines personnes et n'y être pas vis-à-vis d'autres. Résultat choquant d'autant plus que le législateur a pris des précautions pour qu'il en soit autrement, en décidant que le jugement déclaratif produit effet à l'égard de tous les intéressés.

Au surplus, en nous restreignant aux effets des articles 446 et suivants, il y a en outre quelques considé-

(1) Duverger, *Collect. des lois*, note sur l'art. 437 de la loi de 1858.

ractions spéciales qui confirment le système que je viens d'établir. Il s'agit d'actes faits pendant la période suspecte. Comment est terminée cette période ? Il y a précisément une attribution particulière du tribunal de commerce qui a déclaré la faillite pour la fixation de la date de la cessation de paiements ; et à défaut d'une fixation expresse par le tribunal de commerce, la loi stipule qu'elle sera censée s'être produite le jour même du jugement déclaratif. Il semble résulter de là que la cessation de paiements est sans effet en l'absence de jugement déclaratif. Du reste, ai-je dit, en vertu de l'art. 446, c'est au profit de la masse qu'ont été créées les nullités, et les créanciers ne forment une masse qu'autant qu'ils sont réunis dans une même procédure et légalement représentés par le syndic. Donc il faudra que le jugement déclaratif ait été rendu pour ouvrir les actions en nullité.

A quel moment sera-t-il impossible de les invoquer ? Les arrêts sont d'accord pour dire que les hypothèques ne pourront plus être annulées lorsqu'elles auront fait l'objet d'une collocation définitive non contredite par les syndics liés à la procédure d'ordre (1). Il en sera de même lorsque l'union aura cessé d'exister, la liquidation étant terminée. J'ajoute que les créanciers hypothécaires peuvent bien plus tôt échapper aux conséquences des art. 446 et suivants. Il leur suf-

(1) Req., 6 nov. 1848 ; Dal., 1848, 1, 242.

fira pour cela de se faire vérifier par la masse des créanciers. Lorsque la vérification aura eu lieu selon l'art. 491, lorsque le créancier aura affirmé sa créance (art. 197), sa créance comme son hypothèque deviendront inattaquables. Du reste, nous retrouverons cette question lorsque nous parlerons avec détails de la vérification et nous préciserons le moment où le résultat se produit.

Lorsqu'il y a lieu d'appliquer les art. 446 et suivants, c'est le tribunal de commerce qui est saisi. Le Code de 1807 n'avait pas en cas de faillite, modifié la compétence des diverses juridictions, de sorte que les questions d'hypothèques étant par leur nature attribuées à la connaissance des juges civils, continuaient à leur être déférées au cas de faillite. Les tribunaux de commerce ne statuaient que sur les points qui leur étaient spécialement attribués par les textes.

Aujourd'hui la règle est changée ; l'art. 635 pose le principe de la compétence générale des tribunaux de commerce. Ils connaîtront de tout ce qui concerne les faillites ; ils auront donc à statuer dans notre espèce puisqu'il s'agit de procès qui ont leur cause exclusive dans la faillite, qui ne peuvent se concevoir en dehors d'elle (1).

Au contraire, si pour annuler l'hypothèque on invo-

(1) Cass., 19 avril 1833 ; S., 1853, 1, 433. Paris, 6 août 1866 ; S., 1866, 2, 154. V. S., 1882, 1, 102 ; S., 1877, 1, 172 ; S., 1881, 2, 190.

quait seulement l'art. 1167 du Code civil, c'est-à-dire le droit commun, le tribunal civil devrait statuer, et si l'affaire était portée au tribunal de commerce il y aurait de sa part une incompétence absolue. On n'en a jamais douté.

Supposons à l'inverse que dans un cas où le tribunal de commerce était compétent à raison de la faillite, le procès ait été porté au tribunal civil, y a-t-il de sa part incompétence absolue ? D'ordinaire elle n'est que relative ; en vain allèguerait-on que l'incompétence d'un tribunal est absolue quand il s'agit de contestations dont la connaissance est attribuée à un ordre de juridiction différent. La jurisprudence a reconnu qu'il y avait pour les tribunaux civils incompétence relative. Pour qu'elle soit absolue, il faut qu'elle touche à l'ordre public, et alors jamais la juridiction n'a à connaître des contestations qui sont attribuées par la loi à une autre juridiction. Rien de pareil ici. Les tribunaux civils connaissent des affaires commerciales dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunaux de commerce. La loi ne fait que leur accorder une préférence (1).

Ce principe général étant posé, il faut y faire exception en matière de faillite lorsqu'il s'agit de contestations dont elle est la cause (2). Le tribunal de commerce

(1) V. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3190. Lyon, 22 fév. 1872 ; S., 1873, 2, 292. Cass., 15 mai 1876 ; S., 1876, 1, 305. Cass., 17 juin 1884 ; D., 1884, 1, 416. *Rev. crit. de lég.*, 1881, p. 235.

(2) J. *Le droit*, 7 juin 1877 ; trib. civ., Nancy, 1^{er} mai 1877.

est appelé par la loi à exercer une influence continue sur les agissements plus ou moins suspects du failli, les circonstances qui ont amené sa ruine de manière à accorder en pleine connaissance de cause l'homologation du concordat. De là, si le tribunal civil pouvait statuer sur l'application des art. 446 et suivants, on arriverait à scinder et à troubler gravement une procédure qui a besoin d'uniformité. Son incompétence sera donc absolue. Il devra la déclarer d'office ; elle pourra être proposée en tout état de cause ; on pourra l'invoquer même en appel pour la première fois. J'ajoute, comme le font très judicieusement remarquer MM. Lyon-Caen et Renault, que la Cour d'appel peut en quelque sens qu'elle résolve la question de compétence, statuer sur le fond ; car, quand même la Cour déclarerait que le tribunal qui a statué était incompétent, elle pourrait, en infirmant la sentence des premiers juges, statuer au fond par voie d'évocation, en vertu de l'art. 473 du Code de procédure civile.

Lorsque le tribunal de commerce a statué sur les nullités des art. 446 et suivants, des voies de recours sont possibles. Nous appliquerons ici les règles générales adoptées en matière de faillite. Dans un but de célérité et d'économie, la loi y a établi des dérogations au droit commun. Dans certains cas, il supprime toute voie de recours : l'art. 583 les énumère ; ce sont en général les jugements qui sont relatifs à l'administration de la faillite ; l'article ne s'applique pas à notre matière.

Ce qui concerne les jugements rendus sur les nullités, c'est le délai spécial donné pour interjeter appel : il est notablement réduit : car il est pour tout jugement rendu en matière de faillite, de quinze jours à partir de la signification (art. 582). Si la nullité des art. 446 et suivants avait été rendue par un jugement qui, prononcé à la requête du syndic, reportait en même temps la date de la cessation de paiements à une époque différente de celle fixée d'abord, il y aurait pour l'appel et l'opposition les règles spéciales de l'art. 580. Ce texte a soulevé de grosses difficultés à cause de sa combinaison avec l'art. 581 ; chacun d'eux a établi, en effet, un délai différent pour faire opposition : le premier, attribuant à tous les intéressés un mois depuis les formalités de publicité énumérées à l'art. 442 ; le deuxième, fermant l'opposition permise aux créanciers à l'expiration des délais pour l'affirmation et la vérification des créances. Nous n'avons pas l'intention de discuter cette question qui n'est pas spéciale à notre sujet, elle est au surplus traitée longuement par les auteurs (1) ; disons seulement que la jurisprudence semble admettre que les créanciers auront, pour former opposition, le plus long des deux délais prévu aux articles 580 et 581 (2).

J'ajoute, pour terminer, que le syndic peut transiger

(1) Lyon-Caen et Ren., t. II, n° 2631.

(2) Orléans, 6 mars 1850 ; D., 1850, 2, 49.

relativement aux procès engagés sur les nullités des art. 446 et suivants. L'art. 487 leur en a donné le pouvoir général, bien que d'ordinaire la transaction ne soit permise en vertu de l'art. 2046 du Code civil, qu'à ceux qui ont la faculté de disposer des objets. Ici elles seront possibles même en matière de droits immobiliers. La transaction, si elle est d'une valeur indéterminée, ou si elle dépasse 300 francs, devra être homologuée. Le texte ajoute : C'est le tribunal civil qui statuera sur les transactions relatives aux droits mobiliers ; on ira au tribunal de commerce s'il s'agit de droits mobiliers. En prenant à la lettre les termes de cet article, il faudrait, pour savoir quel tribunal sera compétent à propos des nullités qui nous occupent, se prononcer sur la nature mobilière ou immobilière de l'hypothèque et examiner le système de la Cour de cassation (1), qui a déclaré que l'hypothèque est un droit immobilier et a refusé au tuteur le droit d'y renoncer au nom du mineur sans observer les formalités prescrites pour l'aliénation des immeubles.

Mais le texte de l'art. 487 est interprété différemment par la doctrine et la jurisprudence. S'il s'agissait de procès relatifs aux nullités des art. 446 et suivants, le tribunal de commerce, avons-nous dit, serait compétent. Il doit connaître aussi les transactions sur les mêmes matières. De là, le tribunal civil, lorsqu'il y a

(1) Cass., 18 juil. 1843 ; S., 1843, 1, 778.

faillite, ne sera compétent en matière immobilière que s'il s'agit des transactions portant sur des difficultés n'ayant pas leur cause dans l'événement de la faillite (1). C'est en ce sens que le texte doit être interprété.

J'ajoute que d'après l'art. 487, le failli doit être appelé à l'homologation de la transaction. Il aura le droit de s'y opposer. Quel sera l'effet de cette opposition? Pour les droits immobiliers, elle sera souveraine et empêchera la transaction. Le failli ne peut être dépouillé de la propriété de ses immeubles sans son consentement.

La transaction lorsqu'elle est intervenue, est obligatoire pour la masse, et elle n'engage pas la responsabilité du syndic à moins qu'il n'ait été l'auteur de dol ou de fraude (2).

(1) Demangeat s. Brav., t. V, p. 325.

(2) Dal., J. G., *Faill.*, n° 531.

DEUXIÈME PARTIE

MODIFICATIONS DES HYPOTHÈQUES SUBSISTANTES

Si, dans certains cas, les hypothèques sont annulées par suite de la faillite, il ne faudrait pas croire que lorsqu'elles subsistent, il n'y a pas à parler de modification au droit commun. Les créanciers hypothécaires, tout en conservant leur droit réel, seront par rapport à lui dans une situation spéciale qui diffère de leur état ordinaire. Ces changements concernent le plus souvent toutes les hypothèques; quelle que soit leur source elles sont soumises aux mêmes vicissitudes. A ce propos, bien des difficultés se sont élevées. Les textes du Code de commerce, pour les besoins de la liquidation, ou par une idée d'équité, ont fait fléchir le droit commun par différents côtés, à l'égard des créanciers chirographaires. On s'est demandé si ces règles

écrites pour les créanciers chirographaires devaient être transportées par analogie aux créanciers hypothécaires. Nous prendrons parti dans chacune de ces controverses et nous arriverons par ce moyen à préciser la situation générale des créanciers hypothécaires en cas de faillite. Une fois ce résultat obtenu, le système de la loi sur les hypothèques en matière de faillite sera connu. Il faudra pourtant compléter sur un point des explications.

En dehors de ces dérogations apportées par le Code au droit commun en matière d'hypothèque quelle que soit sa nature, la loi a établi dans un cas une série de règles spéciales; l'hypothèque légale de la femme a été l'objet de dispositions particulières. Sa situation spéciale en face du failli, l'influence qu'elle peut avoir sur lui, le préjudice qui peut en résulter pour la masse commandaient qu'on fit pour elle une réglementation à part qui protégeât plus énergiquement les droits des créanciers chirographaires plus exposés.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT DE POURSUITE ET DU MODE DE PAYEMENT DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES

Nous avons réuni dans un même chapitre ces deux notions parce qu'elles se présentent comme le premier et le dernier acte qui vont se passer pour la réalisation des droits du créancier. Il y a, par ce côté, un lien entre les deux choses. Le droit de poursuite du créancier hypothécaire a pour but définitif le payement. Nous allons voir dans quelle mesure il peut exercer son droit de poursuite et comment il va recevoir les sommes qui lui sont dues. Un autre motif de réunir ces deux notions, c'est que sur ces deux points, la loi s'est expliquée plus clairement et plus formellement que sur les autres. Il y a moins de difficultés, tandis que des controverses s'élèvent sur toutes les autres modifications que vient à subir l'hypothèque; nous consacrerons un chapitre à chacun de ses effets contestés, il fallait mettre à part et grouper le droit de poursuite et le

mode de paiement des créanciers hypothécaires où les discussions sont plus écartées.

Le jugement déclaratif de faillite suspend les poursuites individuelles que les créanciers chirographaires voudraient diriger contre le failli ; la règle se déduit naturellement du principe du dessaisissement et de la concentration de l'administration des biens entre les mains du syndic. Un créancier ne peut améliorer sa condition au détriment des autres ; les poursuites qu'il exercerait ne pourraient avoir pour effet de lui procurer le paiement de ses créances.

Mais la règle n'est faite que pour les créanciers chirographaires ; l'art. 571 le dit formellement : « Les créanciers ne pourront poursuivre l'expropriation des immeubles sur lesquels ils n'auront pas d'hypothèque. » De là, s'ils en ont une, ils conservent le droit de faire vendre le bien qui est affecté à leur créance.

C'est raisonnable ; le créancier s'est fait donner une sûreté réelle précisément pour ne pas subir les conséquences de la faillite ; dès lors le paiement de ses droits peut intervenir utilement, il a le droit d'être payé sur le prix de la chose affectée. Pour justifier la règle, on a dit que son application n'entraînait pour la masse aucun préjudice ; que la suspension des paiements ne lui aurait procuré aucun avantage.

L'argument n'est pas décisif : la masse, ainsi que le font remarquer MM. Lyon-Caen et Renault, peut avoir un intérêt considérable à attendre, pour réaliser les im-

meubles, un moment favorable où le prix sera rémunérateur. Mais il suffit de se fonder sur le droit des créanciers hypothécaires pour expliquer la règle. Aussi elle existe dans la plupart des législations étrangères, quoique moins clairement exposée que dans notre loi.

D'après la loi allemande, § 11, et dans le Code autrichien, § 1367, il est dit que les créanciers de concours, c'est-à-dire chirographaires, ne peuvent plus poursuivre la réalisation des biens qui forment leur gage ; par *a contrario* on en arrive à la conservation de ce droit aux créanciers chirographaires ; cette disposition se trouvait déjà dans la loi prussienne de 1855 d'où elle a été tirée.

Seule l'Italie a adopté un système contraire au nôtre : une procédure de saisie individuelle, qu'elle ait été commencée ou non avant le jugement déclaratif de faillite, ne peut plus désormais intervenir même à la requête des créanciers hypothécaires (Code, art. 801) ; le syndic centralise ainsi les poursuites même à l'égard des créanciers qui sont en dehors de la masse : cette disposition est illogique et rigoureuse (1).

(1) Thaller, *Fail. en dr. comp.*, t. II. p. 53. En Belgique, il y a un système spécial ; on défend aux créanciers d'engager une procédure d'exécution sur le mobilier, et l'interdiction est faite même pour les personnes qui ont un droit de gage sur un meuble. En France, la règle est différente ; en effet, l'art. 450 en suspendant pour un certain temps le droit de poursuite des bailleurs en ce qui touche les effets mobiliers

Aussi la législation française a très heureusement adopté un système contraire. Mais si, en principe, le créancier hypothécaire conserve le droit de poursuivre, c'est-à-dire peut saisir et faire vendre les immeubles affectés à sa créance, il faut y apporter une exception.

Lorsque, le concordat ayant été repoussé, les créanciers sont déclarés de par la loi en état d'union, le syndic seul a le droit de provoquer la vente des immeubles s'il n'y a pas eu de poursuites commencées avant l'union par les créanciers hypothécaires (art. 572, C. com.). En effet, les créanciers n'ont plus aucun intérêt à poursuivre individuellement une vente à laquelle les syndics vont procéder incessamment, et il est utile que la procédure soit centralisée entre leurs mains; ils sont ainsi les mandataires des créanciers hypothécaires pour procéder à la liquidation immobilière; aussi leur a-t-on reconnu le droit de former contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués une action en délaissement. Si, contrairement à la loi, les créanciers hypothécaires avaient usé néanmoins du droit d'expropriation, le failli pourrait-il se prévaloir de la nullité? Il a été jugé que le syndic seul avait qualité pour le faire; en effet, la Cour de Toulouse sta-

qui servent à l'exploitation du commerce du failli, montre que la poursuite peut avoir lieu en principe, sauf cette restriction formelle, lorsque le créancier a une sûreté réelle sur un meuble déterminé.

tuant en ce sens le 4 avril 1860 (1), a dit : la règle de l'art. 572 n'est pas dans l'intérêt du failli ; on se préoccupe uniquement de l'intérêt des créanciers auxquels on veut conserver le plus d'actif possible en économisant les frais de poursuites.

D'ailleurs que ce soit le syndic ou le créancier hypothécaire qui poursuive la vente, ce sera toujours le tribunal civil qui sera saisi de la poursuite (2). Certains auteurs signalent seulement entre les deux cas une différence : si c'est le créancier qui poursuit la vente, le tribunal de la situation des biens sera compétent, et si la vente a eu lieu à la requête du syndic, peu importe l'endroit où il se trouve, il faudra procéder devant le tribunal civil du lieu où la faillite s'est ouverte. Cette distinction nous paraît rationnelle ; la faillite est la cause des pouvoirs du syndic, et le tribunal du lieu où elle est ouverte semble mieux désigné (3).

Le créancier hypothécaire, ai-je dit, conserve son droit de saisir les immeubles ; sa situation est pourtant changée sur un point, il doit exercer ses droits non plus contre le failli qui est dessaisi, mais contre la masse qui le remplace, représentée par le syndic.

(1) Dal., 1860, 1, 21.

(2) V. avis du Conseil d'Etat de 1810 rapporté par Demangeat s. Brav., t. V, p. 622. Du reste, il ne saurait y avoir de doute ; l'art. 573 dit que la surenchère sera faite au greffe du tribunal civil.

(3) Demangeat s. Brav., t. V, p. 623.

D'ailleurs la masse qui est substituée maintenant au failli n'est pas propriétaire des biens de celui-ci ; il conserve son patrimoine : de là, dit la jurisprudence, lorsque le syndic au nom de la masse croit utile de désintéresser un créancier hypothécaire qui vendrait sans cela un immeuble dans des conditions néfastes, il ne sera pas plus tard subrogé dans les droits de ce créancier, il ne pourra prendre sa place, car le failli continuant d'être propriétaire des deniers qui ont servi au remboursement, le syndic en payant n'a fait qu'acquitter sa dette (1).

Mais on peut en douter ; en effet, on sait que si un créancier hypothécaire a touché sur sa dette un dividende de la masse chirographaire, celle-ci doit retrouver les sommes qu'elle a versées. Tel est l'objet des art. 552 et suivants, qui ont pour but de fixer le mode de paiement des créanciers hypothécaires en présence de la masse et de concilier les divers droits avec le plus d'équité possible, il sagit de savoir si ces articles ne doivent pas être étendus ici.

Examinons maintenant ces articles. Pour apprécier les règles admises en matière de faillite, il faut rappeler d'un mot le droit commun. Le créancier hypothécaire n'a pas, parce qu'il est nanti d'une hypothèque, pour unique gage le bien affecté ; l'art. 2092 lui est aussi applicable ; il a action sur tout le patrimoine pour

(1) Cass., 4 juin 1844 ; S., 1844, 1, 482 ; S., 1875, 1, 341.

obtenir son remboursement; à ce point de vue il est placé sur le même pied que les créanciers chirographaires; l'hypothèque, en effet, ne peut lui nuire et anéantir son droit de gage général. Ce gage subsiste intact, et en plus il jouit d'une faveur spéciale, d'un droit de préférence sur l'immeuble affecté à l'hypothèque. Donc le créancier hypothécaire a le droit de saisir n'importe quel bien de son débiteur; et alors :

Ou bien il saisit l'immeuble hypothéqué, il est colloqué au rang de son hypothèque; pour la portion de créance qu'il ne touchera pas, il aura sur le reste des biens du débiteur les mêmes droits qu'un créancier chirographaire.

Ou bien avant que le créancier hypothécaire ait agi sur l'immeuble, une contribution est ouverte sur son débiteur; il pourra y produire, comme tout créancier, et toucher une portion de sa créance au marc le franc, vienne ensuite la vente de l'immeuble hypothéqué, et à la suite une procédure d'ordre; pour le surplus de sa créance, il sera désintéressé, tant que le prix de l'immeuble ne sera pas épuisé; et une fois qu'il sera désintéressé, et s'il n'y a pas derrière lui d'autres créanciers hypothécaires, la somme disponible sur le prix de l'immeuble, s'il y en a, sera distribuée aux créanciers chirographaires; le droit de ceux-ci ne naît que lorsque tous les créanciers inscrits auront touché leur créance (1).

(1) On soutient souvent que cette solution amenée logique-

En 1807, on proposa pour le cas de faillite une solution inverse, on voulut isoler les créanciers chirographaires des créanciers hypothécaires, faire deux catégories différentes sans rapports entre elles ; les créanciers hypothécaires pourraient renoncer à leur gré à leur hypothèque s'ils pensaient qu'ils ne viendraient pas en ordre utile, ils pourraient demander à être assimilés aux créanciers chirographaires, mais s'ils conservent leur hypothèque ils ne pourront pas venir sur les deniers de l'actif de la masse.

Mais Berlier fit observer qu'une telle solution sacrifiait, contrairement à la logique, les créanciers hypothécaires. Ceux-ci, en effet, ont eu leur sûreté réelle qui s'ajoute au droit de gage général ; mais ce droit de gage n'a pas disparu, et il faut en tenir compte. Il est donc impossible de colloquer séparément les créanciers chirographaires d'une part, sur les biens non affectés à l'hypothèque, et les créanciers hypothécaires exclusivement sur leur gage. Aussi lorsque les deniers sont distribués, les créanciers hypothécaires qui ne sont pas payés doivent-ils en prendre leur part, toucher un dividende. C'est ce que vient dire l'art. 553 du

ment par l'application des règles générales doit s'appliquer au cas de déconfiture, et qu'il faut dans ce cas se reporter aux règles faites pour la faillite. Sans doute, ces règles sont très équitables ; mais peut-on étendre hors de la faillite une disposition qui vient restreindre les conséquences des principes ordinaires ?

Code de commerce. Mais s'est-on tenu au droit commun (1) ? Pour résoudre la question, il faut se placer successivement dans les deux hypothèses que j'ai déjà distinguées.

Le prix de l'immeuble est distribué le premier ; sur ce prix, le créancier hypothécaire touchera tout ce qu'il pourra avoir ; et pour le surplus de sa créance il concourra avec la masse et prendra un dividende comme les autres créanciers ; tel est l'art. 552 ; pour ce résultat une seule condition est exigée : que les créanciers hypothécaires se soient fait vérifier. Nous reviendrons plus loin sur ce sujet. Donc d'une façon générale le droit commun s'applique ici (2).

Mais les répartitions chirographaires se présentent les premières ; les créanciers hypothécaires peuvent y prendre part ; l'art. 553 est formel : « ils entreront en « ligne de compte dans la proportion de leur créance

(1) Il n'y a d'exception que pour le créancier gagiste ; en vertu de l'art. 546, il ne peut venir prendre une part de l'actif chirographaire, que si auparavant il a réalisé son gage ; c'est que tandis qu'il peut être difficile ou coûteux de réaliser une hypothèque, on peut le faire sans peine pour le gage.

(2) La Cour de Bordeaux, le 6 décembre 1837 (D., 1839, 2, 194) a décidé que le créancier désintéressé pour une partie de sa créance par l'hypothèque, viendrait concourir sur la masse pour la totalité de sa créance ; l'erreur était manifeste ; le créancier n'a plus la même créance originairement ; aussi l'art. 352 dit que le créancier vient toucher un dividende « en proportion de ce qui lui reste dû. »

« totale ». Ainsi la masse chirographaire sera beaucoup plus chargée que dans le cas inverse, et chaque créancier recevra un dividende beaucoup plus faible. Plus tard lorsque l'ordre sera réglé, les charges de l'immeuble seront amoindries et chacun des créanciers hypothécaires prenant moins, il arriverait d'après le droit commun que j'ai exposé, que des créanciers qui n'auraient pas pu venir en ordre utile seraient colloqués ; et ce, au détriment de la masse chirographaire qui a été diminuée dans leur intérêt. Aussi la loi a voulu éviter ce résultat ; elle ne veut pas sacrifier la masse et faire dépendre ses droits du mode de liquidation que les circonstances ont amené.

La masse chirographaire ne payera en définitive que ce qu'elle aurait supporté si on avait commencé par régler l'ordre entre les créanciers hypothécaires. Une rectification sera faite ; la loi indique la manière de procéder.

Quand on réglera l'ordre, on colloquera fictivement chaque créancier pour la totalité de la créance, sans tenir compte du dividende qu'il a pu recevoir dans les distributions chirographaires.

Ceci posé, trois situations sont possibles. Supposons un créancier qui soit colloqué ainsi pour la totalité de sa créance. Puisque l'hypothèque peut lui payer tout, la masse chirographaire ne lui devait rien ; elle reprendra donc ce qu'elle a payé, et par une sorte de subrogation, on prélèvera sur la collocation ainsi déter-

minée le dividende payé, au lieu que la somme profite aux créanciers hypothécaires suivants comme en droit commun, tel est l'art. 554.

Si maintenant le créancier hypothécaire est colloqué en ordre utile pour une partie seulement de sa créance; par exemple, il a une créance de 30,000 francs; et il ne touche que 20,000 francs; on fait le raisonnement suivant : dans la masse chirographaire antérieurement liquidée, il a reçu un dividende sur 30,000 francs; si elle n'avait été distribuée qu'après le prix de l'immeuble, il n'aurait dû venir que sur une portion de sa créance pour 10,000 francs; il a reçu plus qu'il ne devait; ce qu'il a reçu en trop sera prélevé sur la collocation hypothécaire du créancier.

Supposons enfin un créancier hypothécaire qui n'est pas du tout colloqué; pour lui il n'y a aucun travail de rectification, il a touché avec raison un dividende sur la totalité de sa créance; il garde tout ce qu'il a reçu.

Ainsi tout est nettement déterminé par la loi, et il faut avouer que le système par elle imaginé est très heureusement conçu. On a combiné ingénieusement l'intérêt de la masse et le droit des créanciers hypothécaires.

Aussi ce système a été adopté par plusieurs lois étrangères; en Belgique (art. 548 à 552, C. com.), en Italie (art. 776 à 779), en Autriche (§ 171). En Allemagne, au contraire, le système est tout différent. Pour concourir sur l'actif de la masse le créancier hypothé-

caire devra renoncer à son droit réel; ou bien il devra faire liquider auparavant ses droits sur les immeubles; l'hypothèque ne peut lui être réservée. Cette solution est dure; il peut être impossible aux créanciers hypothécaires de réaliser leur hypothèque avant l'actif mobilier de la faillite, étant donné surtout qu'elle impose, ainsi que nous le verrons, aux créanciers hypothécaires d'attendre l'expiration du terme qui empêche l'existence actuelle.

En Angleterre le même principe a été posé : que le créancier réalise son hypothèque s'il veut obtenir un dividende dans l'actif de la masse. Mais on l'autorise, l'hypothèque n'étant pas réalisée, à en faire une estimation; et s'il ne la juge pas susceptible de le désintéresser, à venir concourir pour l'écart. Mais un danger se présentait alors. Le créancier pouvait estimer trop bas sa sûreté, afin de prendre dans la masse un dividende plus considérable. Le calcul a été déjoué, car le syndic a la faculté de racheter la sûreté pour la somme que le créancier a fixée. Ainsi la fraude sera impossible. Notre système, plus logique et moins aléatoire, est préférable.

Le seul reproche qu'on puisse lui faire, c'est de donner naissance à une difficulté en cas de concordat. Le système des art. 552 et suivants est-il applicable dans cette hypothèse? La loi ne s'en est pas expliquée. Nous croyons que le système est restreint au cas d'union; en vain invoque-t-on la rubrique de la section qui em-

brasse dans sa généralité toutes les solutions de la faillite. Le texte des articles répugne à cette généralisation; le système a pour but de dénouer le conflit entre les créanciers hypothécaires et la masse chirographaire; or, la masse n'existe plus en cas de concordat. Du reste, il ne faut pas croire qu'en cas de concordat les règles du droit commun signalées au début retrouveront leur empire; la Cour de Rouen l'a décidé à tort selon nous (1).

On peut heureusement donner une autre solution qui protège efficacement les droits des créanciers chirographaires; elle nous est fournie par l'art. 556 qui n'admet les créanciers hypothécaires aux effets du concordat et ne les fait participer aux deniers de la masse chirographaire que s'ils ne sont pas venus en ordre utile en usant de leur hypothèque. Or, pour qu'il en soit ainsi, pour qu'on sache s'il est efficacement colloqué, il faut que l'ordre ait été réglé; jusque-là ils n'ont droit qu'à un dividende (2).

(1) Bédarride, *Dr. com.*, n° 976 *bis*. Rouen, 22 janvier 1855. V. Teuley et Camberlin, 1855, p. 448, n° 1528.

(2) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. II, n° 2960, p. 828. Paris, 30 juin 1853. Teuley et Camberlin, 1853, p. 309. Trib. Seine, 1^{er} mars 1853; v. *id.*, ann. 1853, p. 204. Paris, 19 juillet 1853; *id.* 1853, p. 325.

CHAPITRE II

LE CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE PROFITE-T-IL DE LA DÉCHÉANCE DU TERME

En vertu de l'art. 444 du Code de commerce, « le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues ». On sait le motif de la loi. La concession d'un terme par le créancier implique la confiance dans la solvabilité du débiteur. S'il est en faillite, on ne peut plus parler de cette idée ; tout au contraire, il y a présomption d'insolvabilité ; le terme doit disparaître. La considération de ce motif, que je viens de signaler, fait hésiter sur la règle à suivre pour les créanciers hypothécaires ; profitent-ils aussi de la déchéance du terme ?

A prendre au pied de la lettre les termes de l'article, la distinction entre les créanciers paraît impossible ; il visait toutes les créances non échues qu'elles soient ou non garanties par une hypothèque. C'est important à noter, car, en cas de doute, la considération du texte doit être décisive.

Mais on a remarqué que tandis que les créanciers chirographaires sont atteints directement par la faillite, elle ne nuit pas aux créanciers hypothécaires qui ont eu le soin de se ménager une garantie spéciale. Cette sûreté réelle subsiste intacte avec le droit de suite et le droit de préférence; elle leur fait éviter la loi du concours et leur est un gage de paiement intégral. Aussi, a-t-on dit, ils sont hors de la faillite; la déchéance du terme n'est pas faite pour eux, il serait exorbitant de leur faire des avantages lorsqu'ils ne souffrent aucun sacrifice (1).

La jurisprudence constante a répudié ce système, à juste titre, croyons-nous (2).

La déchéance du terme doit-elle être une conséquence de la situation de créancier chirographaire? C'est une erreur; elle est une suite de la faillite et s'applique d'une façon générale; les créanciers hypothécaires souffrent aussi de ce que l'insolvabilité de leur débiteur est devenue certaine; ils ont perdu ce qui, pour les créanciers même hypothécaires, est considéré par la loi comme une garantie, l'avantage d'avoir une créance contre une personne *in bonis*. Il en doit résulter l'exigibilité immédiate, encore qu'il y ait

(1) Pardessus, *Dr. com.*, III, n° 1127. Demang. s. Brav., t. V, p. 157. Alauzet, t. VI, n° 2485. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 676. Renouard, *Fail.*, t. I, p. 334. Boistel, *Dr. com.*, n° 924.

(2) Angers, 15 mai 1861; S., 1861, 2, 442. Agen, 20 février 1866; S., 1866, 2, 154. Lyon, 6 février 1881; S., 1882, 2, 44.

par surplus une sûreté spéciale. Décider ainsi, c'est suivre l'intention qu'ont eue les parties lors du contrat. A ce moment, le créancier était libre de ne traiter qu'avec celui qui sollicitait d'être son débiteur, qu'aux conditions qu'il lui plaisait, que moyennant telles garanties quelles qu'elles soient qu'il exigeait. S'il s'est décidé à traiter, on doit présumer qu'à défaut de la réunion complète de toutes les sûretés dont il jouit, il n'eût pas consenti à livrer ses deniers ou la chose objet de la convention. Il est conforme à la nature des choses de supposer que le créancier, quoique muni d'une hypothèque, dont la réalisation peut comporter des difficultés et considérer en même temps la solvabilité personnelle du débiteur (1). Or, la faillite change par ce côté la situation du créancier, le terme doit disparaître. C'est ce que dit d'ailleurs l'art. 1188 du Code de commerce, qui cite deux déchéances du terme : le cas de faillite et celui où les sûretés sont diminuées. Or, ce texte ne fait aucune exception pour les créanciers hypothécaires, à cause de leur droit de suite; c'était naturel, l'hypothèque peut n'être pas suffisante. Mais le fût-elle, la règle resterait la même.

On objecte l'art. 2131. Il vise le cas d'une hypothèque et suppose que l'immeuble a subi des dégradations; à quelles conditions le créancier pourra-t-il poursuivre de suite le remboursement nonobstant toute

(1) Cass., 8 mars 1865; S., 1865, 1, 201.

espèce de termes? Il faudra que les immeubles soient devenus insuffisants pour la sûreté.

Mais on doit écarter cet argument; le texte qu'on invoque s'applique aux cas fortuits; si la situation a été amenée par le fait du débiteur, c'est à l'art. 1188 qu'il faut s'attacher, et la faillite entre dans son cercle d'application.

On aurait tort de croire que l'art. 1188 est le seul argument qui justifie la jurisprudence. Il faut citer une preuve déduite très ingénieusement de l'art. 546 du Code de commerce, il suppose qu'on en est arrivé au partage de l'actif entre les créanciers de la masse chirographaire; à côté d'eux se place un créancier muni d'un gage, va-t-il être provisoirement admis à toucher dans l'actif un dividende? Son gage peut être insuffisant, et dans ce cas là il serait sans ressource. Malgré ce danger la loi ne lui donne aucun droit dans la masse; elle présume que son gage est suffisant; s'il avait des doutes, il l'aurait vendu; et pour ce qui lui resterait il viendrait comme chirographaire.

Ce raisonnement, on le remarque aisément, n'a sa valeur que si le créancier a toujours la possibilité de vendre son gage. Or, il ne le pourrait, si nanti, pour une créance à terme, et le moment de l'exigibilité n'étant pas arrivé, il n'y avait pas à son profit annulation du terme. La disposition de l'art. 546 suppose implicitement qu'on peut en faire abstraction, la présence

d'une sûreté réelle n'empêche pas l'application des règles ordinaires de la faillite.

C'est précisément à cause de cet état de faillite qu'on s'étonne : les créanciers hypothécaires sont hors de la faillite, la loi dit formellement qu'ils ne subissent pas, comme les créanciers chirographaires, la suspension des poursuites individuelles ; pour les arrêter le syndic ne peut leur opposer la faillite ; à leur tour ils ne peuvent s'en prévaloir dans leur intérêt. On ne saurait à leur égard en préciser les effets, répudier ce qui leur nuirait pour s'en tenir aux conséquences avantageuses.

Mais y a-t-il entre les effets de la faillite une indivisibilité telle que l'un étant écarté, l'autre le soit par contre-coup. Sans doute, à l'égard des créanciers hypothécaires, la loi a répudié la suspension des poursuites individuelles ; la déchéance du terme ne peut-elle pas néanmoins exister ? Il n'y a pas entre les deux choses une corrélation intime.

Je dois insister, maintenant, sur un argument qu'on donne souvent pour écarter la déchéance du terme à l'égard des créanciers chirographaires. Il est tiré de la loi du 12 février 1872 ; cette loi, on le sait, a modifié l'étendue du privilège du bailleur sur les meubles garnissant la maison qu'il a louée. Au lieu qu'il puisse garantir tous les loyers échus ou à échoir, en cas de baux authentiques ou ayant date certaine, ainsi qu'il résultait de l'art. 2102 du Code civil, il ne s'applique plus

qu'aux loyers échus si le bail n'est pas résilié, et, s'il est résilié aux deux dernières années échues et à l'année courante. C'était une innovation, on ne pouvait la faire rétroagir, le législateur l'a reconnu; mais, à l'article 2 de sa loi, supposant des baux ayant acquis date certaine avant la promulgation de la loi, et donnant selon le Code civil privilège pour les termes échus et à échoir, il vient dire que le bailleur ne pourra exiger par anticipation les loyers à échoir.

Comment expliquer ce fait sans violer les droits acquis dans le passé? M. Delsol, rapporteur de la loi nouvelle, nous donne ce motif : que c'était consacrer par voie interprétative la théorie admise antérieurement à la loi de 1872; les créanciers privilégiés ou hypothécaires ayant une créance à terme ne pouvaient faire abstraction de ce terme.

Nous ne pouvons admettre cette argumentation et l'on peut s'étonner qu'on trouve dans la loi de 1872 un argument contre la déchéance du terme. L'art. 2 contient une dérogation formelle au principe de la rétroactivité des lois qui ne saurait être invoquée.

C'était d'abord une erreur de M. Delsol de supposer qu'antérieurement à la loi qu'il proposait, on refusait de colloquer immédiatement le bailleur par privilège sur tous les loyers échus ou à échoir, qu'on ne pouvait faire abstraction du terme; la déchéance, au contraire, était l'opinion générale (1).

(1) Cass., 10 février 1870; D., 1870, 1, 201.

Mais, en admettant même qu'il en fût ainsi, l'art. 2 était, en tous cas, un bouleversement de l'ancien état de choses. Avant 1872, lorsqu'on vendait les meubles garnissant la maison, le bailleur, s'il ne pouvait de suite recevoir les loyers à échoir, avait cependant, relativement à eux, un droit de privilège. S'il n'était pas possible, à cause du terme affecté à sa créance, de réaliser de suite le bénéfice, son droit n'en existait pas moins; force était dès lors de verser à la Caisse de consignations ce qu'il fallait du prix des meubles pour garantir les loyers à échoir au fur et à mesure des échéances; le bailleur, s'il n'était pas payé immédiatement de la totalité, trouvait de quoi le désintéresser.

Au contraire, dans la loi de 1872, c'était l'étendue du privilège lui-même qui était en question. Il ne s'agissait plus de savoir si le privilège pourrait de suite être mis à exécution, relativement aux loyers à échoir ou si le montant n'en serait accordé qu'au fur et à mesure des échéances; ce qui se posait, c'était la question de savoir si le droit de privilège existerait ou non pour les loyers non échus lors de la faillite; et l'on se décida à l'abroger.

On remarqua, en effet, que dans un bail, il y a obligation nécessaire de la part du bailleur de faire jouir le preneur; que la dette de loyer a pour cause la jouissance des biens loués, et que cette jouissance n'ayant pas encore eu lieu, la dette des loyers n'a pas pu

prendre naissance; il était utile, d'ailleurs, de décider en ce sens : colloquer le bailleur pour les loyers à venir, c'était faire subir à la masse un trop grand sacrifice et distraire de trop grandes valeurs.

La loi de 1872 consacre une innovation; pour les loyers à échoir, le bailleur ne fut plus un créancier à terme dont le privilège valable intrinsèquement était paralysé seulement dans son résultat immédiat; il fut dit n'avoir aucune espèce de créance ni privilégiée, ni chirographaire. M. Delsol a confondu, — à dessein peut-être, et pour dissimuler la rétroactivité, — deux situations distinctes. L'art. 444 sur la déchéance du terme, de quelque façon qu'on l'interprète, n'est pas en question, et il n'y a rien à tirer du texte de la loi de 1872, sauf l'affirmation de M. Delsol sur la façon dont on a interprété l'art. 444 avant la loi de 1872; et nous avons dit que cette allégation était contredite par les arrêts.

Sur cette question la plupart des Codes d'Europe, offrent les mêmes incertitudes. Elles ne sont évitées que rarement; on peut citer seulement deux pays dans ce cas : en Allemagne, la déchéance figurant dans le titre consacré aux créanciers de concours au nombre desquels on ne peut ranger les créanciers hypothécaires, le terme subsiste à leur égard. Dans la législation autrichienne, les délais qui résultent du terme ne sont effacés pour les chirographaires que si la masse

y donne son consentement ; la même règle existe pour les créanciers hypothécaires (1).

La déchéance du terme que nous avons appliquée aux créanciers hypothécaires eux-mêmes leur permet de poursuivre individuellement, dès la faillite, l'expropriation des immeubles affectés, car ils ont conservé leurs droits de saisie.

Mais le bien au lieu de faire partie du patrimoine du failli a été vendu, se trouve entre les mains d'un tiers acquéreur, l'art. 444 est-il encore applicable ? On en a douté ; l'acquéreur, dit-on, a dû compter sur la concession du terme qui avait été laissé au débiteur, il y a ici pour lui un droit acquis, l'art. 444 est une exception qu'on ne peut étendre (2).

Mais l'art. 2168 du Code civil, empêche de s'arrêter à ces considérations. Le tiers détenteur est tenu des dettes hypothécaires dans les mêmes termes que le débiteur originaire, de la même façon que lui il doit les intérêts et les capitaux. La loi n'a fait aucune distinction selon que l'immeuble est aux mains des faillis ou d'un tiers ; peu importe la personne qui le possède, elle disparaît derrière le bien qui est affecté ; c'est lui qui est le gage des créanciers, on ne peut le leur soustraire : voilà pourquoi, si au lieu d'un tiers détenteur il s'agissait d'une caution réelle, on devrait adopter les

(1) Thaller, *Faill.*, t. II, p. 55.

(2) Duranton, t. XX, n° 229.

mêmes règles et proclamer à son égard la déchéance du terme. On a nié cette solution et on a prétendu que la caution gardait le bénéfice du terme, de même que le débiteur solidaire ne peut en être privé par la faillite du débiteur. Ces considérations doivent céder devant le principe général.

CHAPITRE III

LE CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE A-T-IL DROIT, DANS TOUS LES CAS, AUX INTÉRÊTS DE SA CRÉANCE

A l'inverse de ce qui se passe pour les créanciers chirographaires, les intérêts continuent à courir au profit des créanciers hypothécaires sur le prix des immeubles qui leur sont affectés. L'art. 445 est formel : « Les intérêts ne cessent de courir que s'il s'agit d'une « créance non garantie par un privilège ou une hypothèque. » Donc si le créancier hypothécaire a une créance de 30,000 francs de capital, et si les intérêts qui ont couru depuis la déclaration de la faillite s'élèvent à 3,000 francs, il pourra réclamer la totalité, soit 33,000 francs. Pour compléter, l'art. 445 prévoit ensuite le cas où le créancier hypothécaire vient demander un dividende sur l'actif de la faillite. On aurait pu croire qu'il conserverait le droit à des intérêts. Le législateur ne l'a pas voulu, et sur l'observation d'un membre de la Chambre des pairs, on ajouta, dans ce § 2 : « Les intérêts des créances garanties ne pourront « être réclamés que sur les sommes provenant des

« biens affectés au privilège et à l'hypothèque. » La masse chirographaire n'est pas tenue des intérêts,

Tout est loin d'être réglé par ces textes, et ils ont laissé place à une difficulté célèbre. Supposons, par exemple, un créancier hypothécaire de 30,000 francs de capital et 3,000 francs d'intérêt, il n'est colloqué utilement sur l'immeuble que pour 30,000 francs, et il veut réclamer contre la masse le surplus de sa dette, en invoquant l'art. 1254 : « Lorsqu'une dette porte « intérêt, le paiement, qui n'est pas intégral, s'impute « d'abord sur les intérêts. »

La jurisprudence, sur cette question, est loin d'être établie. La Cour de cassation, après s'être prononcée une première fois en faveur de la masse chirographaire (1), a donné ensuite raison aux créanciers hypothécaires (2).

On a essayé de concilier les deux arrêts de cassation; ils prévoyaient, en effet, des hypothèses différentes.

Dans le cas du plus récent, il s'agissait d'un immeuble qui n'appartenait plus au failli, mais à un tiers qui en était devenu adjudicataire avant la cessation de paiements; on a admis, dans ce cas, l'imputation de l'art. 1254. Auparavant, la question s'était posée à

(1) 17 novembre 1862; D., 1863, 1, 305.

(2) 26 déc. 1871; S., 1872, 1, 49. Bordeaux, 12 juil. 1876; S., 1877, 1, 305. Poitiers, 30 janvier 1878; D., 1878, 2, 70. Rouen, 6 fév. 1882, J. *Fail.*, 1882, p. 605.

propos d'un immeuble qui était la propriété du failli lui-même, et l'on s'était refusé à appliquer le même article 1254.

C'est que, ont dit certains auteurs, dans ce dernier cas, l'immeuble fait partie de l'actif de la faillite de la masse ; et, à l'égard de la masse, les intérêts ne peuvent pas courir. A supposer ce raisonnement exact, et l'immeuble faisant partie de la masse, les intérêts ne courraient pas contre elle, quand bien même l'immeuble eut été suffisant pour payer le créancier hypothécaire du capital et des intérêts. Impossible d'éviter cette conséquence, mais alors on se trouve en contradiction avec la fin de l'art. 443 ; les intérêts des créances hypothécaires pourront être réclamés sur les biens affectés à l'hypothèque. Ce système aurait d'ailleurs l'inconvénient d'introduire dans la loi une distinction qui n'y est point.

Au surplus, c'est une erreur de dire que l'immeuble hypothéqué appartenant au débiteur failli fait partie de la masse. Celle-ci se compose des valeurs que son débiteur avait encore dans son patrimoine, qu'il n'aurait pas aliéné au jour de la déclaration de faillite. Or, le bien aliéné, à cette époque, par le failli, est hors de la masse pour le tout, et le bien hypothéqué est hors de la masse dans la mesure de l'hypothèque. Il y est étranger en ce sens, et les créanciers chirographaires n'ont pour gage le patrimoine de leur débiteur que dans l'état où il se trouve lors du dessaisissement.

Du reste, la Cour de cassation n'a pas songé à cette distinction. Elle a statué en faveur du créancier hypothécaire par les motifs les plus généraux : « La loi réserve entière la garantie de l'hypothèque et elle ne le serait plus si le créancier hypothécaire devait renoncer à imputer d'abord sur les intérêts le montant de la collocation absolue ; l'hypothèque est régie par le droit commun, sans aucun mélange des règles de la faillite » (1).

Est-ce compatible avec les termes de la loi ? D'après l'art. 443, la loi ne veut pas que la masse chirographaire soit tenue de payer des intérêts courus depuis la déclaration de faillite. Cette idée est hors de conteste. M. Labbé, qui développe cette idée, la reconnaît évidente. Mais il ajoute : « La loi conserve aussi aux créanciers la garantie de l'hypothèque pour le capital et les intérêts, avec toute l'étendue qu'elle a dans le droit commun » (2).

Comment opérer la conciliation de ces idées, comment voir dans les créanciers chirographaires d'une part, et hypothécaires de l'autre, deux catégories parallèles avec leurs règles spéciales ne se faisant pas tort les uns aux autres ?

On a essayé de montrer que l'imputation sur les intérêts du paiement partiel fait aux créanciers hypothé-

(1) Cass., 26 déc. 1871 ; S., 1872, 1, 49.

(2) Note de M. Labbé ; S., 1872, 1, 49.

caires ne nuit pas à la masse chirographaire et ne fait pas supporter à celle-ci les intérêts de cette créance qu'elle ne doit pas. La preuve n'est pas faite : un créancier hypothécaire a droit à 30,000 francs de capital et 3,000 francs d'intérêts courus depuis la faillite. Il est colloqué hypothécairement pour 30,000 francs : il lui reste encore dû 3,000 francs, pour être absolument désintéressé ; il produit pour eux dans la masse chirographaire et invoquant l'art. 1254 sur l'imputation, il vient dire : c'est du capital. Des intérêts, je n'en parle pas, je n'y aurai pas droit. C'est du capital, dit-on ? Mais comment arrive-t-on à le réclamer ? A la suite d'un procédé d'imputation sur les intérêts ; ces intérêts sont la considération, la base, la cause de la prétention et cette cause on ne peut pas l'accepter : les intérêts courus depuis la déclaration de faillite ne peuvent participer ni directement ni indirectement à la distribution faite à la masse (1).

Si un créancier hypothécaire ne touchait rien sur le prix de l'immeuble hypothéqué n'étant pas venu en ordre utile, et produisait dans la masse, il ne pouvait demander d'intérêts. Le système d'imputation conforme à l'art. 1254 conduit au même résultat : on grossit du même chiffre, d'une manière semblable, le montant de la créance sur lequel on recevra un dividende.

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2705, p. 685.

On parle d'imputation des paiements partiels sur les intérêts qu'on oppose à l'encontre de l'actif chirographaire. Mais l'imputation s'oppose à quelqu'un et sur des biens qui répondent du capital et des intérêts; et où l'actif chirographaire n'est pas grevé des intérêts. Je ne veux pas dire que jamais l'actif chirographaire de la faillite ne souffre du paiement des intérêts aux créanciers hypothécaires, mais cela ne doit avoir lieu que selon les termes formels de l'art. 445.

J'ajoute que le système que je soutiens n'existe qu'au seul profit de la masse. Ainsi si le failli revient à meilleure fortune il devra, pour la portion de la créance qui n'a pas été payée aux créanciers hypothécaires, des intérêts sans aucune application des règles de l'anatocisme, c'est-à-dire que la portion non payée est considérée comme étant du capital.

Autre conséquence : un créancier imparfaitement désintéressé sur le prix d'un immeuble pourra demander le surplus dans l'ordre ouvert sur un autre immeuble du failli, alors que ce dernier immeuble ne garantirait que du capital et non pas d'intérêts, ce qui est possible à cause d'une omission d'inscription pour ces intérêts. De ceci les créanciers hypothécaires postérieurs ne pourront se plaindre, ni la masse non plus quoiqu'elle puisse en souffrir ; car le capital et les intérêts sont tout entiers pris sur les biens affectés à l'hypothèque.

Je termine par un argument plus général. La loi a ar-

rêté le cours des intérêts pour les créanciers chirographaires dans le but d'établir de l'égalité entre eux. Pour arriver à ce résultat, deux procédés étaient possibles : faire produire à toutes les créances depuis la faillite des intérêts au même taux, soit 6 pour 0/0 ; ou bien arrêter le cours de ces intérêts. Quoi qu'on fit le résultat était le même ; les créanciers obtenaient toujours le même dividende, car le montant de leur production était diminué ou augmenté dans la même proportion. Cela étant et puisque l'un ou l'autre procédé était indifférent, on a préféré supprimer les intérêts depuis la faillite pour éviter des calculs difficiles.

A l'inverse, la loi pour les créanciers hypothécaires, a suivi une règle différente : les intérêts continuent à courir, car ils ne viennent pas tous ensemble au marc le franc par contribution, mais se placent les uns à la suite des autres par voie d'ordre. La loi a été sage en agissant ainsi et tous les intérêts sont ménagés, à condition que les créanciers hypothécaires et chirographaires ne se trouvent pas en contact. Or, c'est précisément ici notre cas. Le créancier hypothécaire à qui sa sûreté spéciale ne suffit pas, prétend à un dividende sur la masse chirographaire, s'il peut dans la collocation faire entrer en ligne de compte les intérêts directement ou indirectement. Les créanciers chirographaires qui ne le peuvent, se trouvent lésés contrairement au but qui l'avait amené. Cette anomalie est évitée avec la dérogation à l'art. 1254.

CHAPITRE IV

LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES SONT-ILS SOUMIS A LA VÉRIFICATION ?

En matière de faillite où chaque créancier subit des pertes et doit supporter un sacrifice, l'intérêt de tous demande de veiller étroitement à ce qu'aucune fraude ne se commette, et qu'aucun créancier simulé ne vienne prendre part à la répartition. Le nombre des créanciers admis à se faire payer doit être aussi restreint que possible ; les dividendes seront d'autant plus forts.

La loi a donné satisfaction à cette idée ; pour éviter la présence de créanciers fictifs, elle les soumet à une procédure spéciale de vérification qui a pour but d'examiner leur bien fondé (1).

Sans doute le bilan dressé par le failli, l'inventaire qui suit la faillite constatent les créances qui existent ;

(1) Elle diffère en cela de la vérification d'écriture, qui a pour objet de constater si l'acte présenté émane bien de la personne contre qui il est invoqué.

mais le failli par fraude ou par erreur peut signaler à sa charge des dettes qui n'existent pas réellement ; aussi on procèdera à un nouvel examen. Ce contrôle déterminera ceux qui pourront voter comme créanciers à l'assemblée qui statuera sur le concordat. Il était naturel qu'il en fût ainsi ; les créanciers ne peuvent délibérer en connaissance de cause sur le montant du passif.

Quelle est la procédure de vérification ? Rappelons-la d'un mot. Les créanciers doivent déposer leur titre et produire en même temps un bordereau où ils développent le montant de leur réclamation. Un certain délai (vingt jours, en principe) leur est imparti. Trois jours après l'expiration de ce délai, il y a vérification dans l'assemblée générale des créanciers présidée par le juge-commissaire. Tout créancier fait les réclamations qu'il veut même alors qu'il n'est pas encore vérifié. Y a-t-il une contestation, elle est jugée par le tribunal. Enfin, la créance est-elle admise (ce qui est mentionné sur le titre), on arrive à une dernière formalité, on s'adresse à la loyauté du créancier et on lui fait affirmer la sincérité de sa prétention (art. 497, § 3).

Cette procédure, nécessaire lorsqu'il s'agit des créanciers chirographaires, s'applique-t-elle également aux créanciers hypothécaires ? La question est longuement débattue.

Il est un cas d'abord qu'il faut mettre à part. Les créanciers hypothécaires, lorsque leur gage est insuf-

fisant, peuvent venir comme tout créancier prendre un dividende sur la masse de la faillite ; l'art. 552 le dit formellement, mais à une condition : qu'ils aient été vérifiés et qu'ils aient affirmé ; en ce cas donc, ils doivent se conformer aux règles ordinaires de la vérification.

Bien plus, dans n'importe quel cas, la vérification aura un intérêt à raison du résultat spécial qu'elle amène ; elle donne en effet, à la créance, une solidité plus grande et empêche qu'elle soit plus tard contestée.

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'affirmation ait eu lieu ; car auparavant, l'admission peut être contestée, ainsi que le dit l'art. 494. Mais la créance étant vérifiée et la sincérité en étant affirmée, la situation est irrévocablement fixée. On a objecté que l'admission n'avait qu'un caractère sommaire, qu'elle ne provoquait pas nécessairement la contradiction, qu'elle était seulement la constatation d'une prétention ayant une apparence de justice, mais qu'elle ne saurait purger les vices de la créance. La jurisprudence y a vu une procédure sérieuse et définitive (1). L'utilité pratique commandait

(1) On a hésité seulement sur le moment précis où cet effet se produit ; dans un premier système, il en est ainsi dès que le créancier a affirmé la sincérité de sa créance ; et peu importe qu'une contestation ultérieure vienne se fonder sur un report d'ouverture de la faillite (Renouard, *Fail.*, II, p. 525). Cette solution est rigoureuse pour la masse. — Une deuxième opinion recule cet effet jusqu'à l'expiration du dé-

cette règle; si les contestations avaient encore été possibles, aucune liquidation n'aurait pu se faire avec sincérité. Aussi l'admission ne sera susceptible d'être révoquée que s'il est intervenu des manœuvres frauduleuses ou un cas de force majeure empêchant de constater la vérité (1).

Cette conclusion, il faut l'avouer, est difficile à justifier juridiquement : l'argument que les arrêts mettent toujours en avant se résume dans ce fait que l'admission par la masse vaut reconnaissance de la créance, constitue un contrat judiciaire irrévocable; mais alors il faudrait appliquer les règles ordinaires, et s'il n'y a pas réunis les éléments essentiels on devrait prononcer l'annulation de l'admission. De là, l'erreur et la violence, comme le

lai pour la vérification et l'affirmation des créances. A ce moment, comme la date de la cessation de paiements ne peut plus être changée, il est rationnel de prendre cet instant pour fixer définitivement le passif de la faillite. Et, si un créancier dès qu'il avait affirmé sa créance, n'avait plus à craindre une contestation, l'art. 494 qui prévoit justement son existence aurait trop peu d'application; le plus souvent, l'affirmation suit immédiatement l'admission du créancier, a lieu le même jour; la faculté de l'art. 494 serait donc illusoire; tout se comprend, si elle peut intervenir jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification (D., 1868, 1, 489, note).

(1) 16 janvier 1860; D., 1860, 1, 75. Cass., 17 février 1873; D., 1873, 1, 298. Lyon, 16 fév. 1881; S., 1882, 2, 44. Cass., 28 nov. 1881; D., 1882, 1, 247. Cass., 14 janv. et 23 fév. 1885; S., 1885, 1, 159, et 337 note de M. Labbé. Cass., 11 nov. 1885; S., 1886, 1, 413.

dol qui vicie le consentement, devraient être prises en considération. Les arrêts semblent le dire eux-mêmes (1) : l'admission amène la reconnaissance de la créance, ce qui écarte toute discussion ultérieure, sauf pour les cas qui amènent la rescision des obligations. Malgré tout, le dol seul aura ici de l'influence; la jurisprudence est fixée, quoique la loi ne se soit pas expliquée et que les principes ordinaires protestent (2).

L'admission ayant cet effet important a donc un grand avantage. Mais à ce propos une question s'est posée : la créance admise ne pouvant plus être contestée dans sa validité et dans son chiffre, la même certitude

(1) Amiens, 10 janv. 1856.

(2) On invoque à l'appui de la jurisprudence l'analogie avec le concordat qui n'est rescindable que pour dol, en vertu de l'art. 520 qui déroge au droit commun. Mais la vérification est autre chose que le concordat. Ce dernier, en effet, est un contrat d'une nature spéciale qui lie des personnes ne l'ayant pas consenti; de plus, les règles exceptionnelles ne doivent pas être étendues. Au surplus, ce serait une erreur de croire que le dol seul peut vicier le concordat; l'erreur a le même effet. Les travaux préparatoires de l'art. 520 sont formels (Rapport de Tripier, *Moniteur* du 12 mai 1836, p. 1063, et du 15 avril 1837, p. 894).

Aurait-on donné cet effet à l'affirmation à cause de la présence du serment des créanciers? On sait que le serment décisoire est inattaquable; mais ici il ne peut être question que du serment supplétoire, simple moyen d'instruction, lequel n'a plus cet effet (Emile Ollivier, *Rev. prat.*, t. I, ann. 1856, p. 24).

était-elle étendue aux accessoires de la créance, aux privilèges et hypothèques ?

Et d'abord, si l'on suppose que de ces hypothèques il n'ait pas été fait mention dans la procédure de vérification, il est certain que ces hypothèques n'ont pas acquis plus de force qu'auparavant, qu'elles peuvent être contestées. On avait même été plus sévère dans un projet de loi sur les faillites ; on déclarait déchu de son hypothèque le créancier qui ne l'avait pas réclamée (1). Ce fut abandonné, car on violait le principe que nul n'est censé renoncer à ses droits : la déchéance n'était décrétée nullement par la loi (2). Et puis, en vertu de l'art. 503, les créanciers, lorsqu'ils ne se sont pas fait vérifier, conservent le droit de faire opposition aux répartitions à faire ; ils ne sont pas déchus de leur créance ; pourquoi aurait-on été plus sévère pour l'hypothèque ?

Mais la créance hypothécaire, si elle a été vérifiée et admise comme telle, est inattaquable par rapport à la sûreté réelle qui la garantit ; il y a relativement à elle contrat comme pour le principal de la créance, les mêmes effets doivent s'ensuivre (3). Il y a donc un in-

(1) *Moniteur*, 3 décembre 1834, p. 2154, et 18 janvier 1837, p. 132.

(2) Dal., 1835, 2, 324.

(3) Douai, 30 juin 1855 ; D., 1856, 2, 175. Douai, 17 février 1859 ; D., 1859, 2, 63. Cass., 14 mai 1879 ; S., 1879, 1, 271. Demang. s. Brav., t. V, p. 365.

térêt de premier ordre pour un créancier hypothécaire à se faire vérifier, il rend ainsi sa créance indiscutable.

Bien plus, la loi considère comme une garantie indispensable le contrôle des créanciers les uns par les autres; pourquoi, s'ils sont munis d'une hypothèque, érigerait-on une règle différente? L'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance, elle n'est valable que si celle-ci existe; elle ne peut naître indépendamment de l'obligation personnelle du débiteur, pourquoi dispenser de vérification cette créance, parce qu'elle est garantie par une hypothèque; sa présence ne la rend pas plus certaine. Et c'est justement par rapport à elle que la masse a besoin d'être protégée de préférence, car le créancier, s'il est admis, va lui causer un préjudice considérable. Il ne vient plus en concours au marc le franc avec tous les autres; au lieu d'un dividende, il touchera l'intégralité de sa créance. N'est-il pas singulier quand il prend plus qu'on le contrôle moins?

On répond que l'hypothèque met le créancier, qui se l'est ménagée, en dehors de la faillite; mais il ne peut avoir cette situation que si la qualité de créancier hypothécaire est indiscutable; et quand un créancier se présente comme tel sa simple allégation, sans contrôle, doit-elle laisser la masse désarmée? Il faudra que le créancier vienne justifier de son titre de créancier hypothécaire conformément à l'art. 491.

En refusant d'appliquer la règle qu'il édicte, on pré-

tend néanmoins sauvegarder tous les droits de la masse.

Les créanciers hypothécaires, dit-on, seront contrôlés dans les ordres ouverts sur le prix des immeubles du failli; tous les créanciers inscrits pourront élever les contredits; le syndic ayant pris hypothèque au nom de la masse, sera convoqué et aura les mêmes droits. On peut même aller plus loin, et dire que les créanciers chirographaires peuvent, s'ils le veulent, intervenir à l'ordre ouvert. On ne peut nier qu'il n'y ait là des tempéraments sérieux à la dispense de vérification; mais néanmoins la procédure d'ordre n'est pas l'équivalent des garanties spéciales organisées pour les créanciers chirographaires; ceux-ci ne sont pas convoqués, et le créancier hypothécaire n'est pas tenu d'affirmer (1).

Aussi le projet de loi présenté par M. Laroze, au nom de la commission de la Chambre des députés, met sur le même pied d'égalité tous les créanciers. L'article 533 du projet, est clair: « Chaque créancier est tenu, en cas de faillite, de déposer au greffe un bordereau indiquant le montant et les causes de sa créance, les privilèges et hypothèques qui y sont affectés. » Puis l'art. 535 complète le système: « Tous les créanciers, sans distinction, sont soumis à la vérification; les créanciers dont l'hypothèque seule est contestée,

(1) Demang. s. Brav., t. V, p. 343.

sont admis à prendre part aux diverses délibérations, comme créanciers ordinaires. » On fait seulement une exception, dont j'ai parlé, pour l'assemblée chargée de se prononcer sur la concession d'un concordat; ils n'ont plus qu'une voix consultative.

Si les déductions logiques consacrent l'assimilation des créanciers chirographaires et hypothécaires, si les projets de loi sont rédigés en ce sens, doit-on admettre dans l'état actuel des textes la même solution?

Si l'on soumet un créancier à la vérification, c'est en somme créer pour lui une forclusion, faute d'avoir produit dans des délais fixés et d'avoir fait examiner leur titre conformément à l'art. 491. C'est autoriser le syndic, si le créancier n'a rien fait pendant la période d'enquête, à les passer sous silence lors de la distribution de l'actif. On établit donc une cause de déchéance (1).

Or, pour l'appliquer, il faut un texte formel et aucun article ne les soumet directement, en toute circonstance, à la vérification. Bien plus, comme ils conservent individuellement la faculté d'exproprier les immeubles qui forment leur gage, ils doivent pouvoir exercer leurs droits au moment qu'il leur plaît et sans être vérifiés (2).

(1) Thaller, *Faill.*, t. II, p. 57.

(2) D'après l'art. 550 du Code de commerce, avant qu'il ait été modifié par la loi de 1872, le propriétaire privilégié sur

S'il s'agit d'un créancier gagiste, c'est-à-dire muni d'une sûreté réelle comme le créancier hypothécaire, le syndic peut à toute époque le rembourser. Or, s'il était soumis à la vérification, jusqu'à ce qu'elle ait lieu, le paiement ne pourrait intervenir.

On a dit que le créancier peut bien saisir un immeuble sans être vérifié, mais qu'il doit l'être pour être colloqué dans un ordre ouvert : on ne saurait donner aucun motif de cette distinction. Il faut donc dire qu'en principe la vérification n'est pas nécessaire.

En certains cas la règle est différente ; l'art. 552 du Code de commerce, n'admet les créanciers hypothécaires à concourir avec les créanciers chirographaires sur les deniers de la masse, que si leur créance a été vérifiée et affirmée ; et c'est encore une preuve qu'en dehors de ce cas la vérification est inutile.

On a essayé d'écarter cet argument *a contrario* par l'examen des travaux préparatoires. Renouard, en pré-

les immeubles du locataire pouvait exercer son privilège au bout de trente jours après la faillite, S'il avait dû se faire vérifier, cette solution ne se comprendrait pas ; car ce délai ne se combine pas avec ceux des art. 491 et suivants sur la vérification qui sont plus longs. La loi de 1872 a modifié le moment à partir duquel le propriétaire peut poursuivre ; mais on ne doit pas conclure qu'il lui faille, pour agir, être vérifié.

Les arrêts qui admettent pour le créancier hypothécaire la nécessité de la vérification, soutiennent qu'une exception est faite en faveur du bailleur. Mais on ne voit pas le motif qu'il le ferait mettre à part.

sentant l'art. 552, disait qu'il n'était fait aucun changement à l'ancien Code de commerce et aux règles admises. Or, on fait remarquer qu'une jurisprudence constante soumettait à la vérification les créanciers hypothécaires, le même système devrait être alors aujourd'hui consacré; c'est difficile en présence des textes.

Ce système, je l'avoue, amène une contradiction. Comment est-il inutile de vérifier le créancier hypothécaire s'il est payé sur les prix de l'immeuble affecté à sa garantie, et comment est-ce nécessaire, s'il concourt avec la masse sur les deniers chirographaires? N'y a-t-il pas dans les deux cas, même foi ou même défiance au sujet de la créance?

On objecte contre notre solution l'art. 501 : « Le créancier dont le privilège ou hypothèque serait contesté, sera admis dans les délibérations de la faillite comme créancier ordinaire. N'est-ce pas la preuve d'une procédure de vérification où les contestations sont possibles; il est bien certain, en effet, que l'article ne vise pas les créanciers qui voudraient concourir aux répartitions chirographaires. A quoi leur servirait la discussion d'un droit d'hypothèque qui ne leur donnerait aucun avantage puisqu'ils ne réclameront qu'un dividende. Il s'agit donc d'un créancier qui prétend se contenter de son hypothèque.

On peut répondre à cette argumentation en faisant remarquer que le texte ne dit pas à quel moment et à

quel propos est soulevée cette contestation. Or, tous ceux qui n'admettent pas comme nécessaire la procédure de vérification pour les créanciers hypothécaires sont d'accord pour permettre au syndic d'intervenir dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles et de contredire ceux des créanciers inscrits qui leur paraissent avoir des droits douteux.

C'est cette faculté que vise l'art. 501 ; il suppose une contestation au milieu d'une procédure d'ordre.

La doctrine et la jurisprudence sont indécises (1) ; la Cour de cassation qui aurait pu, en 1842, trancher la question, s'est dispensée de l'examiner.

Les incertitudes que nous venons de signaler dans notre loi existent dans plusieurs législations étrangères. Les lois allemandes et autrichiennes sont vagues. Mais quelquefois la question est formellement tranchée. Ainsi le Code hollandais soumet à la vérification les créanciers hypothécaires (art. 815). En Angleterre, au contraire, on les en dispense (2).

(1) Pour imposer la vérification, Demangeat s. Brav., t. V, p. 343. Alauzet, t. VI, n° 2606 ; S., 1872, 4, 265, note. — Paris, 21 mai 1863 ; S., 1864, 2, 233. Agen, 20 février 1866, *J. Pal.*, 1866, p. 680. *Contra*, Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 780 ; S., 1882, 2, 44.

(2) Thaller, *Fail.*, t. II, p. 57.

CHAPITRE V

LA VENTE APRÈS FAILLITE OPÈRE-T-ELLE DE PLEIN DROIT PURGE DES HYPOTHÈQUES

Lorsque le failli possède des immeubles, ils forment un élément ordinairement important de leur actif. Il faut les réaliser pour répartir le prix entre les créanciers. Leur vente est un acte normal, et la loi s'en est préoccupée. Les syndics ont le droit de provoquer la vente, et cette faculté appartient même à eux seuls, lorsqu'il n'y a pas eu de poursuites commencées avant l'union par des créanciers hypothécaires. Ils devront se munir de l'autorisation du juge-commissaire; dans un but de célérité et d'économie, la vente se fait dans la forme des ventes des biens de mineur, et non pas dans celle des ventes sur saisie. L'adjudication ayant eu lieu n'est pas définitive; elle peut être suivie d'une surenchère, laquelle est soumise à des règles spéciales.

Elle diffère, en effet, tant de la surenchère permise à toute personne après adjudication des biens de mineur ou après saisie, que de la surenchère admise en cas d'aliénation volontaire au profit des créanciers hy-

pothécaires. Elle doit être faite dans la quinzaine de l'adjudication ; elle doit être du dixième au moins, et toute personne (créancier hypothécaire ou chirographaire) est admise à surenchérir.

Tout est clair jusqu'ici, mais il reste une question, qui a donné lieu à de vives controverses, relative à l'effet de cette vente au regard des créanciers hypothécaires. En principe, dès qu'une vente est poursuivie autrement que sur saisie immobilière, le prix d'adjudication n'est pas fixé définitivement à l'égard des créanciers hypothécaires qui conservent leur droit de suite ; et, pour l'éteindre, l'adjudicataire doit opérer une procédure dite de purge, détaillée aux art. 2183 et suivants, ayant pour but de les mettre en demeure de se contenter du prix qu'il doit, sinon de surenchérir du dixième dans un certain délai.

Il s'agit de savoir si la vente après faillite est soumise au droit commun, ou si, au contraire, comme dans une vente sur saisie, le prix est définitivement fixé à l'égard des créanciers hypothécaires qui auraient perdu le bénéfice de l'art. 2185 du Code civil.

Observons, au début, que si la surenchère organisée par l'art. 573 du Code de commerce a eu lieu, la nouvelle adjudication est définitive ; elle ne peut être frappée d'aucune autre enchère. On connaît l'adage : « surenchère sur surenchère ne vaut » (art. 965, C. p. c.). Le prix de l'immeuble se trouve donc définitivement fixé à l'égard des créanciers hypothécaires.

En est-il autrement lorsque cette surenchère n'a pas lieu. Certes, les créanciers chirographaires sont désormais sans droit; mais les créanciers hypothécaires ont-ils perdu leur droit de suite, ou, comme l'on dit souvent, l'adjudication des immeubles après l'union opère-t-elle par elle-même la purge des hypothèques?

La Cour de cassation s'est prononcée souvent pour l'affirmative; mais elle a été contredite en cela par les décisions constantes des cours d'appel et par un grand nombre d'auteurs (1).

Nous croyons devoir nous rallier à cette dernière solution; on invoque contre elle l'équité; c'est l'affaire du législateur de lui donner la place qu'elle mérite; l'interprète doit s'en tenir au principe des textes, on ne saurait l'oublier.

Or, le droit de surenchère a été établi par le droit commun en faveur des créanciers hypothécaires. Ils

(1) En faveur de la purge de plein droit, Cass., 3 août 1864; D., 1864, 1, 329. Cass., 4 novembre 1866; D., 1867, 1, 58. Cass., 17 juin 1878; D., 1879, 1, 34. Cass., 6 juillet 1881; D., 1882, 1, 449. *Contra*, Besançon, 15 mars et 30 novembre 1880; D., 1881, 2, 65 et 67. Paris, 19 mars 1836; D., 1837, 2, 46. Roanne, 12 mars 1845; D., 1850, 2, 69, note. Douai, 4 août 1859; D., 1860, 2, 99. Paris, 21 août 1865; S., 1866, 2, 148. Demangeat s. Bray, t. V, p. 627. Aubry et Rau, t. III, p. 503. Boistel, n° 1078.

Dans le même sens que la Cour de cassation, M. Labbé, *Rev. crit.*, t. XIX, p. 301 et suiv. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 2954, p. 823.

n'en peuvent être privés que par une renonciation ou par une disposition de loi formelle, comme cela a lieu en cas de saisie immobilière. Mais il n'y a pas de texte formel. On a essayé d'invoquer l'art. 573 et de prouver qu'il avait implicitement tranché la question.

Au lieu de deux surenchères établies d'ordinaire après la vente : l'une du dixième, réservée en cas de purge aux créanciers hypothécaires ; l'autre du sixième pour toute personne, et, par conséquent pour les créanciers chirographaires, l'art. 573 en organise une autre, qui emprunte à chacune d'elles quelque caractère et qui suffit à tout ; en elle se fondent les deux autres, qui disparaissent ; la surenchère qui est prévue n'a pas seulement pour objet de remplacer celle qui est admise à l'égard de toute personne à la suite des adjudications faites en justice. Ce qui le prouve ce sont les termes de l'art. 573 : « la surenchère *n'aura lieu qu'aux conditions suivantes* ». Les mots, dit-on, n'auraient pas de sens s'ils ne se référaient qu'à la surenchère ordinaire du sixième, car toutes les conditions auxquelles elle est soumise par le Code de commerce élargissent les formes ordinaires.

L'expression restrictive n'a de valeur que si elle embrasse la surenchère des créanciers hypothécaires qui peut intervenir d'ordinaire après la purge et qui serait ici interdite (1).

(1) M. Labbé, *Rev. crit.*, t. XIX, ann. 1861, p. 307.

J'avoue que cet argument tout ingénieux qu'il semble, pêche par un excès de subtilité. Le législateur a dit : La surenchère n'aura lieu qu'aux conditions suivantes comme il eût dit : elle aura lieu aux conditions suivantes. Aurait-il poussé le laconisme jusqu'à résoudre au moyen d'une négation si adroitement placée, et d'une manière si dissimulée, la question de la purge?

Et ce qui prouve que l'interprétation qu'on donne du texte ne saurait être à considérer, c'est qu'à prendre les mots du texte dans le sens littéral, la fin de l'article paraît autoriser la surenchère du dixième pour le créancier hypothécaire.

On lit au quatrième paragraphe : « Toute personne
« sera également admise à concourir à l'adjudication
« par suite de surenchère. Cette adjudication demeure
« rera définitive et ne pourra être suivie d'aucune *autre*
« surenchère ». Or, dire que l'adjudication sur la surenchère admise par l'art. 573 ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère, n'est-ce pas implicitement reconnaître en principe la possibilité d'une autre surenchère, « qui, défendue seulement pour le cas où
« la surenchère, ouverte par l'article précité, a de fait
» été exercée, se trouve par cela même virtuellement
« permise dans l'hypothèse contraire (1) ».

Du reste, quand même l'art. 573 n'aurait fourni aucun argument, du moment, ce qui est certain, qu'il

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 503, note.

n'empêche pas directement ou implicitement, la dispense de purge, elle ne saurait avoir lieu ; le droit commun conserve son empire. Pour le prouver, l'art. 772 du Code de procédure en est encore un motif. Lorsque l'aliénation n'a pas lieu sur expropriation forcée, l'ordre n'est ouvert sur un immeuble qu'après l'accomplissement des formalités prescrites pour la purge des hypothèques. Aucune exception concernant les ventes après faillite n'a été introduite ; comment en soutenir l'existence, étant observé surtout que cette disposition a été insérée par la loi du 21 mai 1858, lorsque l'article 583 était établi. Aussi la Cour de Douai insiste sur ces idées. On a prétendu n'en pas tenir compte, parce que, dit-on, si la purge n'avait pas lieu de plein droit dans les ventes après faillite, l'art. 772 aurait dû abroger l'art. 573. Nous venons de faire justice de cette affirmation en montrant que l'art. 573 n'était pas une preuve de la dispense de purge.

Ainsi la loi a établi une différence entre la vente sur saisie et la vente après faillite. Le motif en est que dans le premier cas, en vertu de l'art. 692 du Code civil, les créanciers hypothécaires ont été liés à la procédure par la notification qui leur est faite du cahier des charges, en les sommant d'assister à la fixation du jour de l'adjudication. Aucune mise en demeure analogue n'a lieu ici.

Il ne devait pas y en avoir, dit-on. Le syndic poursuivant la vente est le mandataire de tous les créanciers

qui sont ainsi représentés à la vente. Mais jamais les syndics n'ont eu un mandat de cette sorte. Ils sont faits pour garantir et protéger les intérêts de la masse ; mais ils n'ont aucun pouvoir pour faire valoir un droit particulier, tel que le droit de suite et de préférence attribué exclusivement aux créanciers hypothécaires.

Du reste, la Cour de cassation ne s'est pas appuyée sur ce mandat qui serait attribué au syndic, et pour expliquer l'absence de l'art. 692, pour montrer son inutilité elle s'appuie uniquement sur des considérations d'équité, sur la grande publicité qui accompagne la faillite, et qui est suffisante pour éveiller l'attention de tous les intéressés. La présence du syndic, la possibilité d'une surenchère aux termes de l'art. 573 sont des garanties suffisantes pour assurer que le prix sera équitablement fixé ; et d'autre part, il faut en finir vite et mettre un terme aux opérations de la faillite.

Mais toute la publicité qui a pu précéder la vente n'a pas été considérée comme suffisante aux yeux de la loi moderne qui a précisément changé le système autrefois admis. Dans l'ancien droit, en matière de saisie immobilière, les créanciers hypothécaires n'étaient pas liés à la procédure et la purge s'opérait néanmoins. « Dans la vente des immeubles saisis, nous faisons, dit Loyseau (1), beaucoup de façons et de cérémonies ;

(1) Loyseau, *Déguerpissement*, liv. III de l'act. hypothécaire, *passim*.

les formalités sont spécifiées par nos coutumes et ordonnances, lesquelles il faut droitement et soigneusement observer ». Et il ajoute : les formalités observées tenaient lieu de la connaissance et de la présence de tous les créanciers ; le décret éteignait tous les droits non exercés en temps utile.

Bourjon tient le même langage : « Le défaut d'opposition purge tous les droits ; c'est le juste effet des decrets et de leur publicité de mettre l'adjudicataire à l'abri de tout trouble (1) ».

Ce système qui existait autrefois et qu'on voudrait faire revivre en somme, pour les ventes après faillite, a été abrogé dès que les hypothèques ont été inscrites. La loi du 11 brumaire an VII, ajoute dans la procédure sur saisie la nécessité d'une notification individuelle adressée à tous les créanciers hypothécaires inscrits ; à son défaut, les effets qu'elle amène n'auront plus lieu : voilà le principe, comment s'en écarter pour le cas de faillite ?

Peu importe que l'équité semble dans certains cas, et à raison des circonstances, se prononcer en faveur d'un système contraire ; elle n'est pas souveraine en notre matière ; se tenir à ses prescriptions aurait en plus l'inconvénient de prêter à l'arbitraire ; rien ne le montre mieux que les divers systèmes mis en avant par la jurisprudence et les auteurs.

(1) Bourjon, *Dr. com. de la France*, V^e partie, tit. VIII, § 6, n^{os} 56 et 84.

Pour les uns, la purge a lieu de plein droit à l'égard des créanciers du failli ; mais le même effet ne sera pas produit à l'encontre de ceux qui tiennent leurs droits des précédents propriétaires ; car, dit-on, ils n'ont pas été en relation avec le failli, ils ne le connaissent pas, leur attention n'a pas été éveillée par sa saisie ; ils attendent à l'abri de leur inscription qu'ils reçoivent l'offre d'un prix de vente amiable ou qu'il soit sommé d'assister à la vente en justice de leur gage immobilier (1).

Pour d'autres, ceux-là seulement qui seront intervenus dans les opérations de la faillite et qui savaient que leur gage allait être vendu, ne pourront plus exercer leur droit de suite en invoquant le défaut de purge.

Tous ces systèmes, qui ont pour eux une intention équitable, doivent être indistinctement repoussés parce que leur base commune, l'équité, ne saurait prévaloir.

Les deux systèmes absolus (2) doivent rester seuls en présence, et j'ai dit mes préférences.

On a prétendu que la dispense de purge n'aurait pas

(1) M. Labbé, *Rev. crit.*, t. XIX, 1861, p. 304. Cass., 9 novembre 1858 ; D., 1859, 1, 466.

(2) On a fait remarquer très judicieusement, qu'en tout cas la vente avant l'ancien droit n'opérait pas purge par elle-même ; l'art. 573 ne lui est pas applicable, et, d'autre part, comme on est encore dans la période préparatoire, la publicité de la faillite ne peut pas entrer en ligne de compte.

d'inconvénient; car les créanciers venant les derniers par leur inscription et ayant surtout intérêt à la demander, se seront fait vérifier dans l'assemblée générale craignant de n'être pas désintéressés sur le prix de l'immeuble et ils seront ainsi mis au courant de la procédure. Mais s'ils se sont fait vérifier, cela ne leur apprendra pas le moment où l'immeuble sera vendu et quel prix sera fixé; et ils pourront être surpris lorsqu'ils le sauront plus tard.

Sans doute, le législateur a eu l'intention de hâter la liquidation de la faillite, et c'est pour cela qu'il s'est montré plus facile que d'ordinaire sur les conditions de la surenchère après adjudication des immeubles du failli; mais ce n'est pas pour proscrire d'une manière absolue la surenchère inhérente aux droits de suite; son but a été seulement de provoquer une mesure qui aura pour effet de l'écarter indirectement par l'application de la règle : « surenchère sur surenchère ne vaut. »

Il paraît bizarre à certains auteurs que la vente des immeubles d'un failli ait des effets différents, suivant qu'elle a lieu à la requête d'un créancier hypothécaire et sur saisie ou à la requête du syndic. Mais le texte de la loi édicte cette différence et elle a sa cause dans la présence ou le défaut de l'art. 692.

Étant admis, comme nous avons essayé de le prouver, que la purge n'a pas lieu de plein droit dans les ventes faites par le syndic après l'union, quelques dif-

ficultés qui étaient la suite de l'opinion contraire vont se trouver résolues simplement. On s'est demandé si la vente que faisait le syndic après concordat par abandon d'actif entraînait purge de plein droit; et quelques auteurs qui l'ont admis au cas de vente après union se sont prononcés ici en sens contraire. Le concordat par abandon d'actif procède, dit-on, d'un contrat qui est l'œuvre de la masse chirographaire et qui ne peut enlever aucune espèce de droit (1).

Mais il est difficile de justifier juridiquement cette différence. Il y a dans les deux cas même publicité de la faillite, laquelle continue à subsister quant aux biens abandonnés qui restent soumis aux règles de l'union (2). En vain, objecte-t-on que l'art. 541 du Code de commerce, § 4, qui organise la liquidation ne renvoie pas à l'art. 573 qui stipule, je l'ai dit, pour beaucoup d'auteurs, la dispense de purge: il renvoie à l'art. 534 qui donne au syndic le droit de faire la vente et celui-ci doit employer les formes ordinaires qui auront les effets accoutumés. Avec notre système la question ne se pose plus, puisque jamais la vente après faillite n'opère purge par elle-même.

Si cette purge existait de plein droit, il y aurait encore difficulté pour savoir depuis quel moment l'adju-

(1) Trib. de Nantes, 21 août 1884; D., 1886, 4, 96.

(2) Cass., 10 février 1864; D., 1864, 1, 236; 24 février 1869; D., 1869, 1, 451. Cass., 17 juin 1878; S., 1878, 1, 165. Alauzet, *C. com.*, 3^e éd., n° 2817.

dicataire doit les fruits aux créanciers hypothécaires. En cas de vente sur saisie, ils sont dus depuis la transcription du procès-verbal de saisie, au contraire lorsque l'acquisition comporte la purge après elle, les créanciers n'ont droit aux intérêts que du jour de la sommation de payer ou de délaisser, qu'ils font à l'adjudicataire, du jour de l'offre que celui-ci leur fait de verser son prix d'acquisition (1).

Or ici, comme il n'y a pas la transcription des articles 683 et 685 du Code de procédure civile, on était embarrassé s'il n'y avait pas à parler de purge, si le créancier hypothécaire avait perdu son droit de suite, pour fixer le moment depuis lequel les intérêts du prix étaient dus; et on avait proposé de fixer pour point de départ le jour même de l'adjudication; la vente étant présumée faite pour réaliser immédiatement le gage des créanciers, on leur donnait de suite un droit sur le prix : c'était un peu arbitraire.

Tout est simple en admettant que la vente ne dispense pas l'adjudicataire de purger; les intérêts seront dus selon les règles du droit commun que j'ai rappelées.

Je termine en faisant observer que si l'art. 573 n'empêche pas les créanciers hypothécaires d'user de la surenchère des art. 2183 et suivants, ce droit ne saurait être accordé aux créanciers chirographaires qui

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 251, n° 294.

ont fait inscrire l'hypothèque de la masse dont ils sont bénéficiaires. Quoique créanciers hypothécaires, ils sont sans droit, car le syndic qui a procédé à la vente a agi dans leur intérêt, les a représentés; le prix est définitivement fixé à leur égard.

CHAPITRE VI

RESTRICTIONS A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME EN CAS DE FAILLITE

On peut redouter des fraudes concertées entre les époux pour distraire de la masse une grande partie de l'actif. Elles sont d'autant plus à craindre que, d'après le droit commun, la femme se trouve dans une situation privilégiée. Grâce à son rang de faveur, sa présence vient causer un préjudice d'une importance considérable.

Les abus avaient été grands dans l'ancien droit, et Napoléon, nous l'avons dit, par esprit de réaction voulait les placer dans une situation néfaste, leur interdisant de reprendre leurs apports. Le Code de commerce n'a pas été jusque-là; mais il fut inspiré par un esprit de défaveur qui a tendu à s'atténuer dans la loi de 1838.

Il ne faut pas en effet trop restreindre les droits de la femme sous le prétexte de protéger la masse; et tout en prévenant les calculs qui auraient pour objet

de grossir la dot ou d'en simuler l'existence, il ne faut pas se laisser aller trop facilement à supposer la fraude.

Les apports nuptiaux ont servi à élargir les affaires du mari; les créanciers en ont profité sans doute (1), il faut que la femme puisse retirer ses fonds sans trop de difficultés, car la dot, on ne l'oublie pas, a une destination spéciale; l'entretien de la famille qu'elle conserve après la faillite, et cette considération doit mettre en garde contre des rigueurs excessives.

Les droits que la femme va exercer en cas de faillite de son mari seront nombreux, car le plus souvent cette faillite détermine la femme à demander la séparation de biens, ce qui entraîne la dissolution de la communauté et la restitution des biens propres et dotaux.

Nous n'avons pas à voir ici comment seront réglés, dans leur ensemble, ces divers droits; ils sont de deux sortes: tantôt la femme a contre son mari un droit de propriété à invoquer sur des biens qu'il administre, tantôt elle agira contre lui comme créancière. Le Code a eu à se préoccuper de l'exercice de la revendication et du droit de créance. C'est par ce dernier côté que nous examinerons les droits de la femme, et nous les considérerons par rapport à l'hypothèque légale. La loi, en effet, lui a conservé son hypothèque, avec le rang de faveur qu'elle a dans le droit commun avec la dispense d'inscription; elle n'aura plus seulement la

(1) Thaller, *Fail.*, t. II, p. 125.

généralité ordinaire et ne pourra garantir les créances que lorsqu'elles auront été justifiées par certains moyens de preuve qui sortent du droit commun. Nous verrons ce système.

Le Code a-t-il bien fait de laisser subsister le caractère occulte de l'hypothèque de la femme? Il serait à souhaiter que les créanciers fussent à même de connaître les charges de restitution qui pèsent sur les biens du mari et sachent ainsi la mesure suivant laquelle son crédit s'en trouve diminué.

La publicité du contrat de mariage organisée aux art. 67 à 69 du Code de commerce est déjà un pas fait dans cette voie, mais ce procédé est insuffisant : les renseignements qu'il donne sont incomplets, et il ne peut pas avertir des valeurs restituables qui viennent à échoir du chef de la femme au mari pendant le cours du mariage.

Le mieux serait que le contrat de mariage spécifiât les immeubles présents du mari devant servir d'assiette à l'hypothèque donnée pour assurer la restitution de la dot. Une inscription serait prise. Et pour les droits de la femme ouverts pendant le mariage, une ordonnance du président étendrait, s'il le jugeait bon, l'hypothèque à d'autres immeubles.

Telle est la loi belge actuelle depuis la loi du 16 décembre 1851 (art. 47 et suivants qui s'appliquent en matière civile comme en matière commerciale).

Quel est le système actuel du Code de commerce

relativement à l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite du mari? En quoi consistent les restrictions du droit commun, et dans quels cas précis ont-elles lieu?

I

Il est à peine besoin de le répéter, à cause des explications que nous avons données déjà, que les restrictions des droits de la femme comme toutes les règles spéciales contenues au livre des faillites supposent un jugement déclaratif de faillite; la cessation de paiements n'a pas d'effet par elle-même.

Mais ce n'est pas dans tous les cas de faillite du mari que les restrictions à l'hypothèque légale de la femme auront lieu; la loi a voulu qu'elle puisse en se mariant se rendre compte des risques qu'elle courait et qu'elle ne soit pas plus tard exposée à des surprises fâcheuses.

Le motif de la loi est loin d'être décisif. La femme, quand elle se marie, n'a pas le plus souvent les connaissances suffisantes pour mesurer les périls pécuniaires particuliers qu'elle peut courir. Et quand elle les saurait, est-il plus logique pour cela de la frapper davantage en cas de revers de son mari, si elle l'a épousé quand il était négociant? A force de vouloir faire des concessions au crédit commercial, il se pourrait qu'on finît par lui nuire; les négociants pourront éprouver

dans la recherche d'un mariage plus de difficultés et être privés ainsi des ressources de capitaux importants dont ils useraient dans leur industrie.

Au reste, la situation particulière de la femme inspirant défiance, il ne faut pas lui laisser exercer avec son rang hypothécaire tous ses droits ; mais pourquoi ne pas étendre la mesure de réglementation à tous les cas de faillite ; et pourquoi même ne pas l'appliquer au cas de déconfiture du mari ?

Tout est bizarre d'ailleurs, dans la loi ; lorsqu'il s'agit pour la femme de l'exercice de ses droits de revendication, il y a en cas de faillite du mari une série de restrictions ; elle ne peut réclamer ses reprises en nature que si elle a établi son droit par des preuves spéciales. Or, ces restrictions ont lieu dans tous les cas où le mari est en faillite (1). Il y a un défaut d'harmonie irrationnel.

Ceci dit, la loi pour l'hypothèque légale a posé un système simple. C'est en deux cas seulement que les restrictions ont lieu : lorsque le mari était commerçant au moment du mariage, ou lorsque n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il le sera devenu dans l'année (2). Dans ce deuxième cas, le Code de 1807 avait été plus sévère : peu importait qu'il ait eu au moment du mariage une profession déterminée. Mais

(1) Rouen, 16 avril 1857 : D., 1858, 2, 51. Dijon, 4 février 1884 ; S., 1885, 2, 25.

étant admis le principe du Code, étant admis que la loi voulait prévenir la femme des dangers qu'elle courait au moment de son mariage, la règle était illogique, aussi fut-elle abandonnée en 1838.

Dans ces conditions il semble difficile de se rallier à l'opinion de la jurisprudence sur le point suivant. On suppose une femme qui épouse un individu à qui sa profession interdit le commerce (notaire, avocat, magistrat); celui-ci fait le commerce au mépris des prescriptions de la loi, faut-il dire qu'on est dans un cas où les restrictions de l'hypothèque légale doivent s'appliquer? On l'a prétendu dans les arrêts (1). Avant 1838 la solution pouvait se concevoir; mais avec le texte actuel il semble difficile de le soutenir encore; sans compter que des difficultés naîtraient pour savoir à quel moment les actes de commerce faits par le mari seraient assez nombreux pour justifier la restriction des droits de la femme.

Le Code de 1807 avait admis un autre cas qui avait le même effet que les deux premiers : si un fils de commerçant se mariait sans avoir une profession déterminée, à quelque époque qu'il devînt commerçant la femme voyait ses droits réduits en cas de faillite. La loi de 1838 a supprimé ce cas très justement; la profession du père n'est pas une présomption suffisante pour assurer que le fils sera un jour commerçant.

(1) Cass., 5 juillet 1837; S., 1837, 1, 923. Nîmes, 18 juillet 1851; S., 1851, 2, 634.

Cette qualité de commerçant que doit avoir le mari s'appréciera suivant les faits ; peu importe que le mari se soit dit ou non *tel* dans son contrat de mariage ; son allégation est sans valeur. Mais il faut qu'il soit véritablement commerçant dans le sens juridique du mot, c'est-à-dire qu'il ait la capacité nécessaire pour faire le commerce. Il peut se présenter à ce sujet des difficultés ; elles se sont posées à la Cour de cassation (1).

Le mari était mineur et il avait commencé à faire le commerce sans être muni de l'autorisation exigée par l'art. 2 du Code de commerce. Il est incontestable que le mari n'est pas réputé légalement commerçant et ne peut dans ces conditions être mis en faillite (2).

Il n'y a pas à objecter que la cessation de paiements du mari peut avoir des effets sans qu'il soit nécessaire d'une faillite déclarée ; on peut répondre que cette conséquence, que nous avons contestée d'ailleurs, ne saurait en tous cas s'appliquer qu'à une personne qui pourrait être déclarée en faillite.

La jurisprudence était-elle entraînée à admettre la restriction des droits de la femme par suite de la solution qu'elle avait donnée pour le cas où une personne à qui le commerce était interdit, faisait néanmoins ha-

(1) Cass., 18 avril 1882 ; S., 1883, 1, 161, note de M. Lyon-Caen.

(2) Amiens, 7 janvier 1853 ; D., 1855, 1, 334. Alauzet, *C. com.*, t. I, n° 48. Boistel, *Dr. com.*, n° 176. Cass., 19 mars 1853 ; D., 1853, 1, 700.

bituellement des actes de cette nature. On a appliqué, on le sait, dans ce cas, l'art. 563. MM. Lyon-Caen et Renault font remarquer toute la différence entre cette hypothèse et celle d'une incapacité de faire le commerce, celle-ci étant dans l'intérêt des incapables, celle-là étant basée sur une considération d'ordre public. D'ailleurs la jurisprudence n'a pas hésité à dire qu'un notaire, par exemple, ayant fait le commerce pouvait valablement être déclaré en faillite ; les peines disciplinaires le frappent ; mais sa qualité de commerçant ne lui est pas enlevée (1).

Si le mari mineur agissant sans autorisation n'est pas considéré comme faisant valablement le commerce, la femme pourrait-elle invoquer le défaut d'autorisation pour écarter l'application de l'art. 563 ? On l'a nié ; l'incapacité étant établie par la loi dans l'intérêt de celui qu'elle frappe, celui-là seul peut l'invoquer ; telle est, dit-on, la règle de l'art. 1125 du Code civil qui refuse aux personnes capables avec qui il a contracté la possibilité de se prévaloir de l'incapacité.

Mais ce texte semble invoqué à tort ; d'abord il suppose en présence deux contractants, et refuse aux majeurs le droit d'action ; mais la femme, dans notre hypothèse, n'est pas partie aux contrats de son mari (2) ;

(1) Cass., 9 août 1849 ; S., 1849, 4, 617. Paris, 5 mai 1877, J. *Le droit* du 26 septembre 1877. Lyon-Caen et Renault, n° 143 et 156.

(2) On pourrait dire peut-être que la femme a contracté

et il n'y a plus les mêmes motifs pour elle que pour le cocontractant. Celui-ci aurait dû se renseigner, il ne tenait qu'à lui de ne pas traiter. Or, ici qu'y a-t-il ? Un mari qui fait le commerce sans consulter sa femme, ou malgré sa résistance.

Du reste, ce que veut la femme, ce n'est pas invoquer la nullité d'un des actes conclus, c'est invoquer sa qualité de créancière hypothécaire, non parce que l'engagement du mari n'est pas valablement souscrit, mais parce qu'il n'y avait pas les conditions nécessaires pour lui faire perdre ses droits. Les créanciers du mari n'ont pas à se plaindre s'ils connaissaient la situation, en traitant avec lui ils devaient en prévoir les suites ; et s'ils étaient de bonne foi ils avaient eu le tort de ne pas se renseigner sur la situation (1).

II

L'art. 563, qui est une déchéance, ne doit pas être étendu ; mais si l'on se trouve dans ses termes, quels effets aura-t-il ? Il faut lui en reconnaître deux qui s'ajoutent l'un à l'autre.

En dehors de la faillite, la femme peut faire valoir mariage avec cet individu, mais cela ne rend pas la femme partie aux actes de commerce.

(1) *Rev. crit.*, 1884, p. 321 et suiv.

ses créances si elles sont prouvées selon les règles ordinaires, ou dans certains cas spéciaux par les moyens plus favorables que la loi a établis.

Ainsi elle peut établir par témoins et même par commune renommée l'importance des successions mobilières qui lui sont échues pendant le mariage et dont les valeurs n'ont pas été constatées par un inventaire (art. 1415, C. c.).

Demême, en cas de régime dotal, lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'échéance du terme pris pour le paiement de la dot, la femme ou ses héritiers peuvent la répéter contre le mari après la dissolution du mariage sans prouver qu'il l'a reçue (art. 1569, C. c.).

Pour toutes ces créances justifiées par ces procédés, la femme a une hypothèque légale portant sur tous les immeubles de son mari sur lesquels elle vient sans avoir besoin d'inscription à un rang privilégié qui remonte au mariage ou au jour où les créances sont nées.

Le Code de commerce a changé la législation sur ces deux points. Pour jouir de l'hypothèque légale, la femme aura besoin d'établir ses droits par des procédés plus rigoureux ; on sera plus sévère sur le choix des preuves par crainte de la fraude ; et, quand ces preuves auront été fournies, la femme n'aura pas l'hypothèque générale ; celle-ci sera restreinte sur certains immeubles de son mari pour ne pas enlever à l'actif de la faillite un élément trop important.

Ces preuves spéciales, dont parle l'art. 563, sont exigées de la femme pour avoir droit à l'hypothèque ; mais elles ne sont nullement nécessaires pour faire valoir sa qualité de créancière chirographaire ; à ce titre, elle reste dans la même situation qu'en dehors de la faillite ; les mêmes moyens de preuve ont même force obligatoire (1).

Il y a deux différences pourtant ; d'abord, la créance que la femme aurait pour l'exécution des avantages à elle faits par contrat de mariage n'existe plus, de crainte que le mari ne se laisse entraîner à faire passer, au moyen de libéralités, sur la tête de sa femme, une partie des biens qui forment le gage des créanciers.

D'autre part, si la femme a payé des dettes du mari, elle est bien aussi créancière, mais il ne lui suffira pas de montrer la quittance indiquant qu'elle a payé ; elle est présumée l'avoir fait avec les deniers du mari, et il faut qu'elle fasse la preuve du contraire. C'est aussi le droit belge (art. 555 à 558) et le droit italien (art. 783 et 787). Hors de là, le droit commun s'applique.

Voyons, maintenant, en quoi consistent les restrictions à l'hypothèque légale de la femme.

Le principe que la femme a, pour toutes ces

(1) On applique les art. 1415, 1569. Req , 13 août 1869 ; D., 1870, 1, 126 ; S., 1869, 1, 348. Poitiers, 21 juin 1881 ; D., 1882, 2, 224. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 3054.

créances, la garantie de toutes les hypothèques légales, est maintenu (1). En droit commun, ce principe résulte de l'art. 2121 du Code civil et l'énumération de l'art. 2135 n'est pas limitative. Si l'on compare les énumérations des art. 2135 du Code civil et 563 du Code de commerce, on voit qu'elles se composent des mêmes termes, sauf qu'on omet les créances résultant des conventions matrimoniales; mais la différence tient à la suppression, en cas de faillite, des avantages matrimoniaux. Sauf cette différence, les deux énumérations sont les mêmes, et elles ont le même caractère; elles ne sont ni l'une ni l'autre limitatives et toutes les créances des femmes mariées sur leur mari jouissent de l'hypothèque légale (2). Ceci n'avait pas lieu sous le Code de commerce de 1807, la femme n'avait hypothèque que pour les deniers ou effets mobiliers qu'elle justifierait avoir apportés en dot, pour le emploi de ses propres aliénés pendant le mariage et pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari. Ainsi, on laissait de côté les biens mobiliers advenus à la femme depuis le mariage par succession, donation ou legs.

Le côté par lequel le droit commun est modifié se rapporte au mode de preuve : la femme ne peut exercer son hypothèque légale, pour les deniers et effets

(1) Demangeat s. Brav., t. V, p. 562.

(2) Viardot, *De l'influence de la fail. sur les priv. et hypot.*, p. 134.

mobiliers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus au cours du mariage par succession ou donation et dont elle veut la valeur, que si elle en prouve la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine (1).

(1) L'art. 563 a pour but de restreindre le droit commun, d'exiger une preuve particulière; on a voulu être plus sévère. Cela étant incontestable, la question se pose de savoir si l'art. 563 s'applique avec la généralité qui semble résulter du texte, dans tous les cas où la femme veut reprendre la valeur des deniers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation.

En effet, s'il y a communauté d'acquêts, l'art. 1499 du Code civil organisant la preuve de droit commun que la femme doit fournir pour la reprise de son mobilier apporté en dot, ou advenu depuis le mariage par succession ou donation, exige une preuve par inventaire ou état en bonne forme. Des difficultés sont nées sur le texte à cause de sa combinaison avec l'art. 1504, qui visant le cas où la femme a par contrat de mariage exclu de la communauté le mobilier, dit qu'elle peut prouver son mobilier à défaut d'inventaire par titres, témoins ou même commune renommée.

Deux systèmes sont présentés pour combiner ces textes : le premier, soutenu par M. Bufnoir dans une savante dissertation (S., 1885, 2, 25), consiste à dire que l'art. 1499 est fait pour le cas où la femme revendique comme propres ses biens mobiliers, et qu'il faut appliquer l'art. 1504 si elle vient exercer un droit de créance à raison de ses reprises mobilières, c'est-à-dire qu'il faut l'autoriser à faire la preuve de ses droits par tous les moyens possibles.

Dans le deuxième système soutenu par la Cour de cassation (*Gaz. Pal.*, 15 et 16 avril 1887), on prétend que l'art. 1499 vise les preuves que doit fournir la femme pour faire valoir ses droits (de revendication ou de créance) contre les tiers.,.

Dans le Code de 1807, elle n'avait hypothèque pour les deniers apportés en dot, que si elle justifiait par acte authentique les avoir apportés; rien n'était dit de particulier quant à la preuve du paiement ou de la dé-

les créanciers de son mari, et que l'art. 1504 règle la preuve dans les rapports des époux entre eux. Nous n'avons pas ici la prétention de discuter cette question, l'une des plus délicates de notre droit civil, et qui nous écarterait de notre sujet. Il faut signaler seulement les conséquences des deux systèmes relativement à l'art. 563 du Code de commerce.

Si on adopte la première théorie, lorsqu'il y aura faillite du mari, la femme venant comme créancière à raison du mobilier qu'elle avait lors du mariage ou qu'elle a acquis par donation ou succession, devra, au lieu des preuves admises par l'art. 1504, faire valoir ses droits par la présentation d'un acte ayant date certaine. Si on se range à la deuxième théorie consacrée par la jurisprudence, un inventaire étant, en droit commun, nécessaire à la femme pour faire sa preuve vis-à-vis des créanciers du mari, il est évident qu'en cas de faillite, on ne doit pas se contenter d'une preuve plus facile; si donc, lorsqu'il y a faillite, on se trouve dans l'hypothèse prévue par l'art. 1499, il faudra l'appliquer et exiger un inventaire, et non pas seulement un acte ayant date certaine. Mais alors, en quel cas l'art. 563 s'appliquera-t-il? Lorsqu'on sera en dehors de la communauté d'acquêts, et en outre, lorsqu'il s'agira de la créance de la femme en restitution de la dot qui lui a été promise par un tiers (son père ou sa mère) par contrat de mariage. En effet, dans ce cas, aucune exigence ne se trouve dans la loi civile relativement à la preuve que doit fournir la femme; il suffit de la constatation de la créance par contrat de mariage et de la preuve du paiement fait au mari par une quittance sans date certaine (v. Aubry et Rau, III, § 264, la note 19; v. surtout note de M. Bufnoir,

livrance. C'était une lacune grave, mais la jurisprudence exigeait, paraît-il, la preuve authentique de ce paiement (1).

Aussi c'est un adoucissement que la loi de 1838 a réalisé. Il faudra une quittance enregistrée avant le jugement déclaratif de faillite; sans quoi il se pourrait qu'elle ait été mensongèrement délivrée par le mari. Elle est, d'ailleurs, une preuve fragile, car on a bien vite improvisé un reçu, et il aurait peut-être été bon d'exiger l'origine des deniers.

Aussi, en Autriche, la loi, défiante comme la nôtre, vis-à-vis de la simple quittance donnée par le mari, veut que la déclaration ait lieu lors de la réception de la dot ou précède la faillite d'un an.

En Espagne, la réception de la dot même constatée par contrat de mariage ou par acte préparé ne suffit pas à investir la femme d'une action hypothécaire en reprise. Du moins faut-il que la reconnaissance du mari ait été faite dans la première année du mariage pour que la femme soit recevable à exiger une sûreté réelle. Hors de là, elle ne peut avoir qu'une créance chiro-

S., 1885, 2, 26). En cas de faillite du mari, et lorsque les conditions de l'art. 563 du Code de commerce sont réunies, il faut un acte ayant date certaine. Ainsi, l'art. 563 serait limité par l'art. 1499, Code civil; or, le texte ne mentionne pas cette limitation, il y a peut-être là un argument en faveur du premier système que nous avons exposé.

(1) Bédarride, *Dr. com.*, t. III, n° 1036.

graphaire. Pourtant si le paiement de la dot était certifié par un notaire dans un acte authentique, ce fait, à quelque moment qu'il se produirait, justifierait la réquisition d'hypothèque (1).

La loi allemande paraît n'accorder aucune restriction à la faculté de reprises de la femme depuis la faillite du mari, et ne l'assujettit pas à des preuves plus rigoureuses qu'en droit commun.

L'acte à date certaine est exigé chez nous. A ce propos, on s'est demandé si le contrat de mariage stipulant que l'acte de célébration de mariage vaudra quittance de la dot, l'acte de célébration rapproché du contrat de mariage constitue dans le sens de l'art. 563 un acte ayant date certaine? On n'a pas hésité à le reconnaître (2). Car l'acte de mariage rapproché du contrat de mariage prouve le paiement, puisqu'il était écrit que l'acte de célébration vaudrait quittance, et qu'il est incontestable d'autre part que l'acte de célébration a date certaine. Ce n'est pas favoriser la fraude d'une façon spéciale, ainsi qu'on l'a prétendu (3); il y a tout autant de garantie que dans une quittance explicite laquelle, je l'avoue, n'est guère sûre.

(1) Lehr, *Elém. de dr. espagnol*. V. Thaller, *Fail.*, t. II, p. 138.

(2) Renouard, *Fail.*, t. II, p. 304. Bédarride, *Fail.*, 1037. Alauzet, t. IV, n° 1877. Req. 22 février 1860; S., 1860, 1, 435.

(3) De St-Nexent, *Faillites*, III, 389.

III

Lorsque les créances de la femme auront été justifiées d'après les moyens que nous avons indiqués, elles emporteront hypothèque légale, mais ici encore le droit commun est modifié en ce sens que l'hypothèque légale n'aura pas la généralité que la loi lui reconnaît d'ordinaire. L'ancien Code de commerce était sévère ; l'art. 551 décidait que la femme n'aurait hypothèque que sur les immeubles appartenant au mari à l'époque de la célébration du mariage : d'où la femme n'avait pas hypothèque sur les biens acquis depuis cette époque à prix d'argent, ni même sur ceux acquis par donation, succession ou legs.

Le législateur avait eu tort de ne pas distinguer entre les acquisitions à titre onéreux et à titre gratuit ; comme il n'est guère possible que les acquisitions faites par suite d'une donation ou d'un testament aient été payées avec le gage des créanciers, il n'était pas juste de priver la femme de son hypothèque légale relativement à eux.

Néanmoins le premier projet de 1834 conservait la règle ancienne. M. Moreau proposa de l'étendre aux immeubles acquis par succession. Il écartait les immeubles reçus par donation, de peur que le mari ne

remît à un ami une somme d'argent pour avoir de lui un immeuble par donation ou testament.

On répondit que les fraudes étaient également possibles en matière de succession, le mari pouvant se faire attribuer sa part héréditaire en immeuble au lieu de la recevoir en argent.

Mais l'art. 882 du Code civil, permettant aux créanciers de s'opposer à ce que le partage fût fait hors de leur présence et en fraude de leurs droits parut suffisant pour les protéger, et l'amendement de M. Moreau fut adopté.

Lorsqu'on revint sur la discussion lors du deuxième projet du gouvernement, on étendit aux immeubles acquis par donation la règle admise pour le cas de succession; car l'art. 1167 du Code civil n'est point suffisant pour déjouer les fraudes.

De là l'art. 563 : les femmes ont hypothèque légale sur les biens appartenant au mari lors du mariage ou qui lui sont advenus depuis par succession et donation entre-vifs ou testamentaires.

On écarte les immeubles acquis à titre onéreux depuis le mariage, ils sont présumés acquis avec les deniers du mari (1).

En poussant jusqu'au bout cette idée logique, on aurait pu être amené à dire que l'hypothèque légale n'at-

(1) Il en est ainsi en Belgique (art. 559), et en Italie (article 716).

teindrait pas les immeubles acquis à titre onéreux par le mari avant le mariage.

On n'a pas osé aller jusque là. Au moment du mariage, le débiteur pouvait constituer une hypothèque sur ses immeubles au profit d'un tiers, elle pourra naître au profit de la femme et puis il eut été bizarre de faire subir à la femme les conséquences de sa qualité de femme mariée, alors qu'elle ne l'était pas encore.

Aussi l'hypothèque porte sur les immeubles acquis par le mari antérieurement au mariage ; la femme, lorsqu'elle voudra l'exercer, devra faire la preuve que l'immeuble se trouve dans les conditions voulues pour subir l'hypothèque.

Des difficultés se sont élevées sur le point de savoir si certains immeubles sont dans cette situation. Pour les résoudre, il faut se laisser guider par ce principe que la loi suppose que les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage le sont avec les deniers des créanciers ; là où cette présomption existera, l'immeuble subira l'hypothèque.

Ainsi si le mari, depuis son mariage, a échangé un immeuble qu'il avait avant son union, l'hypothèque portera sur l'immeuble acquis en contre-échange ; il est évident que l'acquisition n'a pas été faite avec les deniers des créanciers. Si une soulte a été payée par le mari, il faut dire, qu'au contraire, l'hypothèque légale disparaîtra à moins pourtant par équité, que la

soulte soit si faible qu'on ne puisse pas considérer l'opération comme une vente.

Si le mari a fait des constructions ou améliorations sur un immeuble lui appartenant au jour du mariage ou qui lui est advenu par succession ou donation, l'hypothèque légale ne doit pas frapper la plus-value. On a invoqué pour l'affirmative l'art. 2133, aux termes duquel les hypothèques s'étendent à toutes les améliorations survenues à l'immeuble (1). Mais les motifs de l'art. 563 répugnent à cette solution. La loi présume que les valeurs immobilières acquises au mari à prix d'argent l'ont été avec les deniers des créanciers et telle est la condition des améliorations et constructions. Il y aurait eu, sans cela, d'ailleurs, un moyen trop facile d'éluder l'art. 563.

Si le mari commerçant est appelé à une succession et reçoit sa part héréditaire en immeuble, l'hypothèque légale de la femme portera sur la totalité de l'immeuble acquis. En effet, les copropriétaires du mari ayant été lotis exclusivement avec des valeurs successorales, aucune portion des deniers du mari n'est sortie de son

(1) Grenoble, 28 juin 1858; D., 1859, 2, 249. Boistel, n° 1022. Esnault, n° 599. Quelques auteurs ont distingué entre les améliorations et les constructions, les premières, recevant l'hypothèque légale, les deuxièmes y échappant, parce qu'au lieu d'un immeuble il y en a deux réunis. — Mais, parce que la ventilation est plus difficile au premier cas, ce n'est pas un motif de distinguer.

patrimoine; la présomption de l'art. 563 n'est pas mise en cause. Il est vrai que les créanciers, par le fait de ce partage, perdent une partie de meubles, qui auraient été leur gage commun, mais le mari n'a rien déboursé (1).

L'examen des travaux préparatoires conduit à cette solution; lorsque fut présenté l'amendement relatif à l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles acquis par succession, on songea à la fraude consistant à accorder au mari toute sa part héréditaire en immeubles; le législateur ne s'est pas arrêté à cette idée à cause de la possibilité pour le créancier d'intervenir au partage (2). Ainsi l'inconvénient était amoindri; mais on ne répudiait pas la conséquence qui s'imposait : présence de l'hypothèque légale sur tout l'immeuble.

Enfin, et c'est la question la plus délicate, le mari héritier pour partie d'une succession où se trouve un immeuble en devient adjudicataire sur licitation; il paye un prix à ses cohéritiers, l'hypothèque légale ne portera pas sur la totalité de l'immeuble mais sera restreinte à une part indivise; pour le surplus le mari a versé des fonds.

La jurisprudence s'est prononcée en sens contraire.

(1) Demang. s. Brav., t. V, p. 566. Renouard, *Fail.*, II, p. 340.

(2) Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, note 52. Douai, 26 novembre 1868; S., 1868, 2, 324. Metz, 20 décembre 1865; S., 1866, 2, 281. Douai, 14 novembre 1867; S., 1868, 2, 279.

« Il y a dans l'attribution de la totalité de l'immeuble une opération qui ne peut être assimilée à un acte à titre onéreux, c'est un mode de lotissement, le titre de propriété réside dans le droit héréditaire en vertu de l'art. 883 du Code civil (1) ».

Mais l'art. 883 n'a pas ce caractère absolu, il a créé une fiction qui doit être restreinte dans le cercle des applications qu'il a en vue; il n'a d'effet qu'entre les cohéritiers qui évitent l'effet des hypothèques consenties pendant l'indivision (2).

D'ailleurs l'art. 883 fut-il général, on pourrait le dire écarté par l'art. 563 du Code de commerce, qui l'abroge en cas de faillite, comme il a abrogé l'art. 2133 concernant la destination hypothécaire des améliorations faites aux immeubles, ce qui n'est pas contesté.

(1) Cass., 19 novembre 1869; S., 1870, 1, 5, note de M. Labbé. Renouard, t. II, *Faill.*, p. 340.

(2) Ainsi, des cohéritiers qui ne sont pas adjudicataires de l'immeuble acquis sur licitation par un autre cohéritier, doivent pour la part du prix qui leur est remise, la distribuer à tous leurs créanciers, et non pas seulement aux créanciers hypothécaires par voie d'ordre (Aubry et Rau, t. V, § 625, note 49).

De même, si une personne acquiert une licitation ou un immeuble dont il était cohéritier et qui jouissait d'une servitude active susceptible de se perdre par non-usage, elle peut invoquer le temps de l'indivision pour dire que la prescription n'a pas couru par suite de la présence d'un mineur parmi les cohéritiers (Aubry et Rau, t. V, n° 625).

On dit que, quand même l'hypothèque de la femme porterait sur tout l'immeuble, l'intérêt des créanciers serait sauvegardé par la faculté qu'ils ont d'invoquer l'art. 882. Grâce à cet article, ils peuvent sans doute assister au partage et empêcher que des immeubles partagés en nature soient licités; mais pourraient-ils interdire de mettre aux enchères un immeuble indivis impartageable, et s'opposer à ce que le commerçant cohéritier et pleinement capable l'achète.

Au profit de qui existent toutes ces restrictions? Incontestablement au profit de la masse; mais dans son seul intérêt. Nous l'avons dit déjà à propos des nullités des hypothèques; peu importe que l'art. 563 ne contienne pas les mots « à l'égard de la masse »; l'art. 448 ne les renfermait pas non plus, et nous avons dit que son effet était relatif. Toutes ces dispositions sont faites pour le cas de faillite, c'est-à-dire pour le cas où il y a une masse et pour cette masse.

Dans la limite de son intérêt, elle a pleine liberté d'action, et, avec ce principe, se résout la question de savoir si le mari possédant lors du mariage un immeuble qu'il a aliéné ensuite, la masse peut faire subir sur lui, à la femme, la restriction de l'art. 563.

Le texte de l'art. 563 est vague et autorise son action (1). Elle la fera valoir si elle y a intérêt, ce qui

(1) Demang. s. Brav., *Dr. com.*, t. V, p. 567. Agen, 22 juil. 1859; S., 1860, 2, 86.

peut se présenter souvent. Ainsi, la femme peut exercer son droit de suite sur l'immeuble qui n'a pas été libéré à son égard par la procédure de purge; le syndic pourra l'en empêcher si le prix était encore dû, car la femme, en poursuivant, priverait la masse de ce prix auquel elle aurait eu droit (1).

Lorsqu'un concordat est intervenu, la femme peut-elle encore être atteinte par la restriction de l'art. 563? Nous nous sommes déjà expliqué sur cette difficulté à propos des art. 446 et suivants; et nous avons vu que ces articles, comme l'art. 563, étant exclusivement faits dans l'intérêt de la masse, le failli concordataire ne pourrait les invoquer, mais que les créanciers chirographaires succédaient individuellement aux droits de la masse. A quel moment alors la femme recouvre-t-elle ses droits? Faut-il attendre la réhabilitation du mari, qui seule fait cesser tous les effets de la faillite? MM. Lyon-Caen et Renault font observer à juste titre que, lorsque les dividendes ont été payés aux créanciers chirographaires, ils n'ont plus rien à réclamer, et qu'ainsi la femme peut faire valoir son hypothèque librement (2).

(1) S., 1866, 2, 345.

(2) Lyon-Caen, t. II, n° 3069. Aubry et Rau, t. III, § 264 *ter*, p. 264. Toulouse, 7 avril 1865; S., 1865, 2, 2.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. La *sponsio penalis* a été en même temps *præjudicialis* à l'origine.

II. La possibilité d'écarter la procédure *per sponsionem* dans les interdits restitutoires et exhibitoires, n'existe pas au profit du défendeur.

III. Lorsque l'action en revendication a été intentée dans les formes de la procédure *per sponsionem*, il devient désormais impossible d'user des interdits pour cet immeuble en abandonnant l'action en revendication.

IV. La procédure *per sponsionem* n'est pas l'origine exclusive des exceptions.

DROIT FRANÇAIS

DROIT COMMERCIAL

I. Lorsqu'une ouverture de crédit est consentie par un banquier à un commerçant avant la période suspecte et sans garantie hypothécaire pour le banquier, si à l'époque du premier versement fait depuis la cessation de paiements, le banquier en livrant les fonds se fait donner une hypothèque par le commerçant, cette hypothèque est nulle de droit.

II. Lorsqu'en contractant avec un commerçant, une personne se fait promettre par lui une hypothèque, l'hypothèque constituée plus tard et depuis la cessation de paiements du commerçant est nulle de droit.

III. Le failli concordataire ne peut invoquer les nullités des art. 446 et suivants.

IV. Les créanciers hypothécaires peuvent invoquer pour leurs créances la déchéance du terme.

V. Les créanciers hypothécaires ne sont pas soumis à la procédure de vérification.

VI. La vente après faillite laisse subsister pour l'adjudicataire l'obligation de la purge, s'il veut éteindre le droit de suite des créanciers hypothécaires.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. L'action négatoire est refusée à un copropriétaire à l'égard de ses copropriétaires.

II. Le copropriétaire ne peut exiger remboursement des dépenses simplement utiles qu'il a faites sur un bien indivis, sachant d'ailleurs qu'il n'était pas propriétaire unique.

III. Sous Justinien le mari était encore, comme dans le droit classique, propriétaire de la dot, soit mobilière, soit immobilière.

IV. L'interdit *uti possidetis* ne peut faire obtenir, à celui qui l'intente, la réparation du dommage antérieur à l'émission de l'interdit.

DROIT CIVIL

I. Les enfants nés hors mariage de parents qui ne pouvaient se marier sans obtenir de dispenses, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs, contracté plus tard avec les dispenses voulues.

II. La femme peut, par son contrat de mariage, se réserver l'administration de ses biens dotaux.

III. Le remploi par anticipation n'est pas admissible en faveur du mari.

IV. La cession que fait le mari à sa femme d'un de ses immeubles, n'a pas besoin, pour avoir une cause légitime, que la dette du mari soit exigible.

V. Le mari peut obtenir, sans le consentement de sa femme, réduction de l'hypothèque légale qui grève ses biens.

VI. Le mari peut intenter seul l'action en partage des biens dotaux échus à la femme par succession.

DROIT CRIMINEL

I. Une atteinte portée aux biens met la personne menacée en état de légitime défense.

II. Les tribunaux criminels ayant à juger un crime de bigamie, sont compétents pour trancher la question préjudicielle de la nullité d'un de ces mariages contractés.

III. Les infractions punies de peines correctionnelles et cependant qualifiées *contraventions*, sont soumises aux règles de la police correctionnelle.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le testament fait par un Français à l'étranger, dans
les formes de la loi étrangère, est valable.

Vu par le Président de la thèse,
F. RATAUD.

Vu par le Doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIERES

DROIT ROMAIN

DE LA PROCÉDURE PER SPONSIONEM

Introduction	5
Chapitre I ^{er} . — Origine, définition et avantages de la procédure <i>per sponsionem</i>	9
Chapitre II. — Nature et formes de la <i>sponsio</i> introduc- tive d'instance. — Distinction de la <i>sponsio pœnalis</i> et et de la <i>sponso præjudicialis</i>	30
Chapitre III. — De la procédure <i>per sponsionem</i> dans la <i>condictio certæ pecuniæ</i>	47
Chapitre IV. — De la procédure <i>per sponsionem</i> dans l'action <i>de pecunia constituta</i>	60
Chapitre V. — De la procédure <i>per sponsionem</i> dans les interdits	73
Chapitre VI. — De la procédure <i>per sponsionem</i> dans les actions réelles	103
Chapitre VII. — De la procédure <i>per sponsionem</i> dans les exceptions et les <i>præjudicia</i>	126
Chapitre VIII. — Inconvénients de la procédure <i>per sponsionem</i>	146

DROIT FRANÇAIS

DE L'INFLUENCE DE LA FAILLITE SUR LES DROITS DES CRÉANCIERS
HYPOTHÉCAIRES

Introduction	161
Chapitre préliminaire. — Notions historiques	166
PREMIÈRE PARTIE. — Des causes de nullité d'hypothèques amenées par la faillite	185
Chapitre I ^{er} . — Des effets du jugement déclaratif de faillite	186
Chapitre II. — Des effets de la cessation de paiements.	200
Section I. — De la constitution d'hypothèque . .	206
§ 1. Des hypothèques conventionnelle et judi- ciaire	206
§ 2. Des constitutions d'hypothèque légale; de l'intervention de la femme pour éviter l'ar- ticle 446 du Code de commerce	225
§ 3. Des promesses d'hypothèques	242
Section II. — Des effets de l'inscription d'hypothè- que prise depuis la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif	253
Chapitre III. — Déchéance de l'hypothèque résultant du vote au concordat	264
Chapitre IV. — Règles communes aux diverses nullités d'hypothèque résultant de la faillite	276
DEUXIÈME PARTIE. — Modifications des hypothèques sub- sistantes	301
Chapitre I ^{er} . — Du droit de poursuite et du mode de paiement des créanciers hypothécaires	303
Chapitre II. — Le créancier hypothécaire profite-t-il de la déchéance du terme.	316

Chapitre III. — Le créancier hypothécaire a-t-il droit, dans tous les cas, aux intérêts de sa créance	326
Chapitre IV. — Les créanciers hypothécaires sont-ils soumis à la vérification.	333
Chapitre V. — La vente après faillite opère-t-elle de plein droit; purge des hypothèques	345
Chapitre VI. — Restrictions à l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite	358
Positions	383

